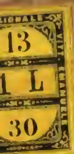
NOUISSIMA PRAXIS THEOLOGICOLEGALIS IN VNIUERSAS DE...

Gregorio Rosignoli




13
1 L
30

D. GREGORII ROSIGNOLI



DE LOCATO, ET CONDUCTO, DE PIGNORE, ET HYPOTHECA, DE FIDEIUSSIONE, ET ASSECURATIONE, ET DE TRANSACTIONIBUS.

NOVISSIMA PRAXIS
THEOLOGICOLEGALIS
IN VNIVERSAS
DE LOCATO, ET CONDVCTO,
DE PIGNORE, ET HYPOTHECA,
DE FIDEIVSSIONE, ET ASSECVRATIONE,
ET DE TRANSACTIONIBVS
QVÆSTIONES.

AVCTORE
DON GREGORIO ROSIGNOLO
EX CLERICIS REGVL. BARNABITIS.

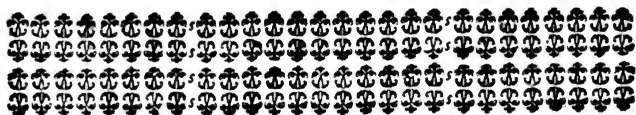
EDITIO SECVNDA.

Cum duplici Indice, altero titulorum, altero rerum locupletissimo.



MEDIOLANI, MDCCVII.

Ex Typographia Iosephi Pandulphi Malatestæ.
SVPERIORVM PERMISSV.



INDEX

Titulorum, Prænotionum, Disquisitionum, & Paragraphorum.

CONTRACTVS X.

De Locato, & Conducto.

DISQVISITIONES I.

A prima ad sextam Prænotionem inclusiuè.

a 3 stione

DISQVISITIONES II.

A sexta ad quartam decimam Prænotionem inclusiuè.

DISQVISITIONES III.

Ad reliquas omnes de Locato, & Conducto Prænotiones.

CONTRACTVS XI.

De Pignore, & Hypotheca.

8 Quo-

DISQVISITIONES I.

A prima ad quintam Prænotionem.

DISQVISITIONES II.

A quinta ad decimam Prænotionem exclusiuè.

7 Vtrum

DISQVISITIONES III.

Ad reliquas omnes de pignore, & hypotheca controuersias.

CONTRACTVS XII.

De Fideiussione, & Assecuratione.

3 An

DISQVISITIONES I.

A prima ad sextam Prænotionem inclusiuè.

DISQVISITIONES II.

Ad reliquas omnes de fideiussione, & assecuratione prænotiones.

6 An

CONTRACTVS XIII.
De Transactionibus.

DISQVISITIONES I.
Ad omnia prænotiones de transactionibus.

FINIS.

DON

DON ALEXANDER MADERNVS

Congregationis Clericorum Regularium S. PAVLI Præpositus Generalis.

CVm Librum, cui Titulus est: *Nouissima Praxis Theologicolegalis in vniuersas de Locato, & Conducto, de Pignore, & Hypotheca, de Fideiussione, & Assecuratione, & de Transactionibus controuersias*, à Patre Don Gregorio Rosignolo Congregationis nostræ Presbytero professo compositum duo eiusdem Congregationis eruditi viri, quibus id commisimus, accurata lectione, & graui iudicio recognouerint, & posse in lucem edi probauerint. Nos, vt Typis mandetur, quantum in Nobis est, facultatem facimus. In quorum fidem &c.

Dat. Romæ in Collegio nostro SS. Blasij, & Caroli die 9. Maij 1682.

Don Alexander Madernus Præpositus Generalis.

Locus ✠ Sigilli.

D. Antonius Maria Burontius Cancell.

REIMPRIMATVR

Fr. Ioseph Maria Reina Ord. Præd. Sac. Theol. Magister, ac Commissarius S. Officij Mediolani.

Bartholomæus Crassus Can. Ord. pro Eminentiss. D. D. Card. Archinto Archiepiscopo.

Angelus Maria Maddius pro Excellentissimo Senatu.

CON-



CONTRACTVS X.

De Locato, & Conducto.



IN Contractuum serie non infimum locum tenent locatio, & conductio, quibus ad inuicem homines communicant in rebus, & personis retento iure dominij penès concedentes, translato dumtaxat vsu quoad recipientes. Horum contractuum ea natura est, & conditio, vt non solum res proprias accommodet alienis vsibus, sed personas etiam alienis obsequijs, & ministerijs. Quæ ius naturæ fecit communia, & ius gentium in diuisione rerum in familias primò distribuit, ius positiuum per priuatas quasdam conuentiones ità componit, vt non desinentes res à Dominorum potestate transeant ad commodum conducentium. Non incongruè de his contractuum generibus post commentationes de commodato, & deposito sermo instituitur, siquidem similitudinem non modicam seruant in muneribus, & in passionibus æqualitatem; sunt etenim omnes ex illis contractibus, in quibus non transfertur dominium, & non nisi traditionibus perficiuntur. In his, qui vsum rei propriæ alteri confert, locator, qui verò recipit, conductor, non incongrua appellatione nominatur, hac præcisè adiecta exceptione, quod in conuentione personæ ad obsequia ex vsitato iuris more concedens quandoque locator, quandoque conductor appellatur, nam quatenùs operam suam vendit, locator dicitur, quatenùs opus faciendum suscipit, dicitur conductor sic iuribus procedentibus *in l. 22. §. 1. & §. cum insulam l. 36. & l. 51. ff. locati, l. 2. C. eodem, & l. 27. ff. ad leg. Aquil.* Examen huiusmodi contractuum quoad naturam, passiones, causas, actiones, & effectus meta erit præsentium disceptationum, in quibus diù insudandum, ne quid desit, quod ad plenam contractuum notitiam, quam assumimus indagandam, pertineat.

Agunt de Locato, & Conducto Iuris Canonici interpretes *in lib. 3. decretalium in titulo, qui est numero, & ordine* 18. Iuris ciuilis *in l. 4. Cod. vbi est titulus* 45. *de Locato, & Conducto, & in lib. 9. ff. tit. Locati, & Conducti, & in lib. 3. Instit. in titulo de Locato, & Conducto.* Theologi *in 2. 2. D. Thomæ,* & Summistæ *sub suis titulis.* In vniuersum *Hostiensis in summa, & ibi Azon C. de loc., Carocius in integro*

 vol.

vol. de Locat., & Conduct., Nicol. Moz. de Contract. tit. de Locat., Antonius Gomes. 2. var., Molina tract. 2. de iust. disp. 486., Azorius part. 3. lib. 8., Reginald. lib. 25. cap. 38., Filliutius tract. 35. per tot., Bonacina de Contract. disp. 3. quaest. 7., Ognate tract. 35. de locatione, & conductione, & alij plurimi.

PRÆNOTIO I.

Quid sit locatio, & conductio.

SVMMARIVM.

Definitiones variæ locationis, & conductionis. 1.
Quid propriè sit locatio, & conductio. 2.
Quomodo differat locatio à cæteris contractibus. 3.
Præcipuum discrimen inter locationem, & emphytheusim. 4.
Ad locationem requiritur certa merx. 5.
Ex diuersitate rerum, quas conducit, quandoque conductor diuerso nomine appellatur, & quomodo. 6.

VArias locationis, & conductionis definitiones adinuenere Doctores, per quas diuersimodè attingere student earum naturam, & quidditatem. *Hostiensis in summa tit. de locato*, quem postea secuti sunt *Angelus in verb. locatio 1. Nicol. Moz. de contract. tit. de locat. in princip. nu. 11., Barba. in rub. de loc. n. 2., Rota nouiss. 37. n. 20. part. 2.* eam sic definit, scilicet locationem. *Locatio est personæ, vel rei ad vsum facta concessio mercede in pecunia numerata conuenta.*

1 Variæ acceptiones locationis. *Menochius cons. 291. n. 4. lib. 3.* à quo non dissentiunt *Cagnol. in l. 2. num. 202. C. de rescind. vendit., Natta cons. 49. n. 7 lib. 1., Clarus lib. 4 sentent. §. emphytheusis q. 2. vers. & aduerto*, eam sic explicat, *locatio est, qua vel in singulos annos, vel ad biennium, simileque modicum tempus fit mercede æquiualente fructibus, quibus correspondet.*

Filliutius tract. 35. de contractu locationis num. 1. cui adhærere videntur *Lessius de iust. c. 24. lib. 2. n. 1., Siluester verb. locatio nu. 1., Bonacina disp. 3. q. 7. puncto primo n. 1., Reginaldus lib. 25. c. 38. num. 486.* sic definit. *Est contractus, quo ad vsum, & fructum res conceditur pro pretio.*

Hotoman. in comment. in verbo locationis definitio illam sic exprimit. *Est contractus bonæ fidei de re aliqua certa mercede, vel facienda, vel ad tempus vtenda, inter quos iure ciuili licet, factus*, a quo non multum dissidet *Iacobus Cuiac. in sua parat. verbo definitio*, dum dixit, *est conuentio nuda faciendi, fruendique aliquid certa mercede.*

Alias plures pro suo libito alij afferunt, quas, quia vel non dissident à recensitis, vel perfectè non attingunt quidditatem definiti, consultò duxi non recensere. Quamobrem ijs omnibus omissis, vel quia mancæ, & deficientes, vel quia non explicantes perfectè naturam rei secundum omnia eiusdem essentialia, ad propriam me confero definitionem, pro qua sit

Assertio. Definitio, quam affert *Hotoman. loc. cit.* afferens, quod sit, *contractus bonæ fidei de re aliqua certa mercede, vel facienda, vel ad tempus vtenda, inter quos iure ciuili licet, factus*, præ cæteris attingit pleniùs, & adæquatiùs quidditatem rei definitæ; ex qua è conuerso potest deduci, quod conductio sit *Contractus bonæ fidei de certa mercede pro re aliqua, vel facienda, vel &c.* pro quo aduerte, locationem, & conductionem ità adinuicem esse correlatiua, vt non possit esse locatio sine conductione, nec conductio sine locatione, vndè, vt benè afferunt *Molina disp. 486. in princip., & Ognate tract. 35. disp. 127 sect. 1. n. 8.*, coalescunt in vnum & eundem contractum, sicuti emptio, & venditio eiusdem rei, qui prout refertur ad concedentem rem dicitur locatio, prout refertur ad conferentem pretium, dicitur conductio, ea proportionali ratione, qua in Physicis dicitur, quod actio, & passio sint vnum, & idem, & distinguantur solummodò secundum diuersum respectum. 2 Vera, & germana definitio locationis, & conductionis.

Probatur iam, & explicatur definitio. Dicitur, *Contractus*, per quam particulam conuenit locatio cum alijs omnibus, qui propriè contractus dicuntur, prout sunt vltrò, citroque obligatorij. Dicitur *bonæ fidei*, cum locatio non sit contractus stricti iuris, prout infrà latè examinabimus. Dicitur, *de re aliqua, vel facienda, vel ad tempus vtenda*, per quas particulas specialitèr innuitur materia, circa quam versatur huiusmodi contractus, non etenim est res, vel persona secundum se, sed vsus personæ in ordine ad aliquod opus efficiendum, vel rei ad aliquid ex ipsa acquirendum, & per hoc contradistinguitur primò locatio ab ijs omnibus cōtractibus, in quibus dominium rei transfertur, cuiusmodi sunt venditio, permutatio, donatio, mutuum &c nam, cum in definitione apponatur particula, vtenda, quæ intelligi debet restrictiue, rei locatæ dominium ad conductorem non transit, sed tantum vsus *l. non solet ff. locati*, & sic tenent omnes scribentes in hac materia. Contradistinguitur secundò per illam particulam à deposito, in quo res non conceditur ad vsum, prout in locatione Explicatur materia huius cōtractus in genere.

per

3 per ea, quæ diximus *tom. 3. sub tit. Contractus IX. Prænot.* Dicitur, *ad tempus*, quæ particula apposita est ad contradistinguẽdam locationem ab Emphytheusi per ea, quæ latè diximus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. Prænot. 1. n. 10.*, quandoquidem Emphytheusis, vel potest esse in perpetuum, vel ad longum tempus, non minus tamen decennio, locatio autem non potest esse vltrà decennium *Ludouicus Molina disp. 445.*, qui pro se citat *Fabrum, Aretinum, Felinum, Iasonem, alter Molina lib. 1. de primogenijs c. 24. n. 21.*, nam, si locaretur res ad maius tempus decennio, iam dominium vtile transferretur in conductorem *l. 3. iuncta l. 1. & Glosa vtrob. quæst. si ager vectig. & emph. & l. 1. §. quod autem verb. prætor ff. de superfic.* sicque transiret in naturam emphytheusis. Quamobrem illa particula ad tempus apposita in definitione locationis debet intelligi de tempore, quod non sit vltra decennium.

Discrimen locationis à cæteris contractibus.

4 Neque hic audiendi sunt nonnulli, qui iuris consultos redarguentes, eo quod distinctionem agnouerint inter huiusmodi contractus, afferunt nullo iuris, rationisque fundamento in tali diuersitate procedere, quandoquidem, cum tempus extrinsecè se habeat ad substantiam contractus, quod res, vel ad longum, vel ad breue tempus locetur, non mutet substantiam contractus eiusdem, *vndè in c. potuit de locato, & conducto*, emphytheusis pro specie locationis habetur, non enim magis, & minus variant speciem, vt ex se patet; Non, inquam, audiendi sunt, quandoquidem iura expressè indicant diuersitatem inter huiusmodi cõtractus, *vt in l. 1. C. de iure emphyth. & §. adeò Instit. de locato.* Quamobrem ad id, quod pro ratione afferebatur, dicendum est, quod, quantumuis magis, & minus ratione temporis non mutet res secundum speciem physicam, mutet tamen quandoque secundum esse morale, quatenus transferat diuersum ius omninò, sic v. g. minus tempus non transfert ius præscriptionis, quod transfert maius, vndè congruè asserunt *Azorius Instit. mor. lib. 10. cap. 1. de emphytheusi q. 4. vers. certè isti, & Ognate tract. 35. disp. 127. sect. 1.* non esse eodem modo ratiocinandum more phylosophico, ac more morali Iurisconsultorum.

Resoluitur ratio statuens identitatem inter locationem, & emphytheusim.

5 Dicitur, *certa mercede*, per quam particulam locatio differt à commodato, & precario, nam per commodatum, & precarium transfertur quidem solus vsus, sed transfertur gratis, & liberalitèr, per locationem autem vsus rei locatæ transfertur onerosè, & pro pretio *l. si vir vxori, ff. de donat. inter vir., & vxor.* Sed, an contradistinguatur per hanc particulam à contractu innominato, quo traditur vsus rei pro aliqua functione, seu re pretio æstimabili? Contendit *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. de locato, & conducto c. 1. q. 1. vers. differt etiam locatum* per illam particulam distingui, quatenùs per illam importetur merces pecuniaria, sed, an hoc verum sit, & necessarium, subdam in subsequenti prænotione.

Differt à commodato, & præcario, & quomodo.

Aduersus ea, quæ dicta sunt præcipuè de discrimine locationis a contractu Emphytheutico, militare videtur argumentum situm in eo, quod qui locat vineam concedit conductori non solum vsum, sed etiam ius ad fructus percipiendos ex eadem vinea, ergò in locatione non solùm vsus, sed etiam dominium vtile in conductorem transfertur, sicque sub hac ratione non distinguitur ab Emphytheusi. Sed contra in primis, quia dominium vtile pro illo modico tempore, ad quod potest esse locatio non potest dici transferri. Deindè dato etiam, quod transferretur, adhuc contradistingueretur ratione temporis, ad quod est concessio, vt supra.

Soluitur argumentum ex aduerso adductũ.

Pro complemento hic aduerte, quod, quamuis ille, qui soluit pro vsu rei, vel personæ sibi concessæ pretium, communi nomine dicatur conductor, ratione tamen rei, quam conducit, ex vsu, & iure quandoque speciali nomine noncupetur, sic qui conducit redditus Ecclesiasticos dicitur beneficiator, qui vsum terrarum ad ferendum dicitur colonus, qui vsum domus, inquilinus, qui vsum vectigalium, Gabellarius, & his similia, qui tamen omnes communi nomine dici possunt conductores. 6

Conductoris diuersa nomina in ordine ad diuersas res.

PRÆNOTIO II.

An merces, quæ ex conuentione soluenda est in conductione, debeat ex necessitate esse in pecunia numerata, seu pecuniaria.

SVMMARIVM.

Varia Doctorum placita circa quæstionem. 1.
Triplex acceptio locationis. 2.
Locatio, & conductio præsè sumpta exigit mercedem in pecunia numerata. 3.
Soluuntur argumenta in contrariũ adducta. 4.

QVoniam in explicatione definitionis sermo incidit de mercede locationis, non incongruè hic examinandum occurrit, an illa merces debeat esse ex necessitate in pecunia numerata; an verò sufficiat, quod recognitio fiat in quacunque alia materia pretio secundum se æstimabili, seu specie.

Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. de locato, & conduct. c. 1. q. 1. vers. differt etiam locatum requiri existimat ex necessitate solutionem in pecunia numerata, cæteroqui locatio non contradistingueretur à contractu in- 1

Opinio Azorij eiusque explicatio.

A 2 no-

nominato, quo aliqui inter se conueniunt, vt vnus conferat certas mensuras olei, & alter aliquod munus præstet., ex quo per consequens docet, quod, si species, & non pecunia numerata in hoc contractu conferatur, non oriatur actio locati, sed præscriptis verbis *l. 1. si conuenerit ff. comm. à diuid. l. naturalis §. at cum do, vt facias, ff. de præscript. verbis.*

Opinio Coras., & iura, quibus innititur.

Coras. lib. 2. §. contrahitur lit. H. miscellan. q. c. 11. docet ex necessitate non requiri pecuniam numeratam, sed sufficere quamcunque speciem *l. pecunia 178., & 222. ff. de verb. signif. Gloss. notab. in instit. Lancel. tit. de simonia in §. contrahitur l. H.* Hæc opinio multis iuribus, & rationibus corroborari potest, & primò ex textu *in l. & hac distinctio §. fin. ff. locati*, vbi vera locatio appellatur, si fructus pro mercede pensentur. Secundò ex textu *in l. licet C. de loc.*, vbi est sermo de annuis quantitatibus, quæ certè non verificarentur, si pensio deberet esse in pecunia numerata, prout obseruauit *Iacobus Menochius de adipiscen. pos. rem. 3. num. 93.* Tertiò ex textu *in l. si merces §. vis maior ff. locati*, quibus iuribus alia addit *Aries Pinellus in rub. de rescind. vendit. part. 2. c. 3.* nempè textum *in l. si olei C. de locato, & §. adeo Instit. eod. & in l. si addes 9. ff. eod.* Adde vltimo loco rationem in iure fundatam, nam coloni partiarij propriè dicuntur conductores *Cuiac. in rub. C. de agric., & censit., Zasius in §. præiudiciales n. 14. instit. de act., Celius Rodig. l. 7. c. vltim. antiqu. lect. Abbas in c. iudicatum de immunit. Eccles. Gomesius in §. item seruiana n. 8. de act.* qui tamen conducunt fundum pro quota fructuum, ergo datur conductio sine pecunia numerata. Pro claritate, & solutione.

2 Tripliciter sumitur locatio, & quomodo

Aduerte locationem, & conductionem tripliciter posse sumi, primò largissimè, secundò largè, tertiò presè secundum formalem eiusdem rationem, prout constituitur in determinata specie contractus, vt contradistincta a cæteris omnibus, prout notauit *Vincentius Carocius tract. de loc., & conducto de mercede numerata q. 1. n. 13. p. 6.* iuxtà quam distinctionem proportionaliter interpretanda sunt iura, si quandoq; locationem vocant aliquem cõtractum, qui secundum suum esse formalè non sit talis. Primò modo sumitur, prout extenditur ad superficiem, censum, & emphytheusim, & similes contractus, iuxta quem sensum sumitur *in l. 1. §. 1. ff. de superficiebus*, sicque habet *Hieronymus Gabriel cons. 168. q. 1. n. 6.*, vndè notarij consueuerunt in instrumentis liuellarijs, & Emphytheuticis communi nomine locationem apponere, prout notauit *Bellonus cons. 21. n. 5., Iulius Clarius in § de iure Emphyth. q. 1. in fin.* Secundò modo sumitur, prout maiorem similitudinem præsefert cum locatione propriè sumpta, differt tamen ab illa in aliquo prædicato moraliter diuersificante, sic primo præfert similitudinem cum illa in eo, quod in vtraque non datur locus pœnitentiæ *l. ex conducto in princip. ff. locati l. si olei C. locati*. Secundò, quod in vtraque detur remissio propter sterilitatem *l. ex conducto C. locati*, differt tamen, quia vna fit per pecuniam numeratam, altera per speciem, & quamcunque aliam materiam. Tertio modo sumitur, prout importat cõditiones omnes supra explicatas in definitione, & vlterius constituitur in pecunia numerata, prout mox subdo.

3 Constituitur locatio in pecunia numerata.

Assertio. Locatio, & conductio presè sumpta non constituitur, nisi merces sit in pecunia numerata. *Aries Pinellus in rub. de rescind. vendit. part. 2. c. 3. Molina disp. 486. vers. super vltimam ad medium, Azorius instit. mor. part. 3. l. 8. de locato, & conducto c. 1. vers. differt etiam locatum. Anton. Padil. ad l. naturalis §. at cum do in princip. ff. de præscript. verb. Bartolus, & Castrensis in l. 1. §. si quis seruum, ff. depositi.*

4 Conceditur actio præscriptis verbis nõ locati.

Probatur primò ex textu in *§. præterea Instit. de locato*, vbi sic legitur. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio, & venditio contraheretur, ità quæri solebat de locatione, & conductione, si fortè rem aliquam vtendam, siuè fruendam tibi aliquis dederit, & inuicem à te vtendam, siuè fruendam aliam rem acceperit, & placuit non esse locationem, & conductionem, sed proprium genus contractus, veluti si quis vnum bouem cum haberet, & vicinum eius vnum placuerit inter eos, vt per denos dies inuicem boues commodarent,* vndè in rub. dicitur, quod sine pecunia numerata non subsistat locatio, sed contractus innominatus, in quo non actio locati, sed præscriptis verbis oritur.

Non potest esse locatio, nisi ex ea oriatur actio locati.

Probatur secundò *ex l. 1. §. si quis seruum vers. sed quia pecunia non dabatur ff. depositi*, vbi sic legitur. *Quod si operæ eius serui cum custodia pensabantur, quasi genus locati, & conducti interuenit, sed quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio;* vbi nota, quod, cum ex vna parte dicatur non absolutè, *Genus locati, & conducti, sed quasi genus*, non importetur locatio, & conductio presè sumpta, ex alia cum dicatur, quod non conceditur actio locati, sed actio præscriptis verbis, extrahatur a propria, & quidditatiua ratione eiusdem locationis; non enim potest esse propria locatio, & ex eadem non oriri actio locati.

Conatur respondere huic textui *Aries Pinellus in d. rub. de rescind. venditione*; sed immeritò; asserit enim, quod in allegato textu declaretur principaliter contractus locationis, & conductionis, quod, si postea asserat, quod, cum ibi non interueniat pecunia, concedatur solum actio præscriptis verbis, id proueniat ex consequenti, quod attendi non debet *l. si quis ne causam ff. si cert.*

cert. pet. Immeritò, inquam, nam, si principalius intendisset explicare naturam contractus locationis, & conductionis, non dixisset limitatè, *quasi genus locati, & conducti*, sed absolutè dixisset locatum, & conductum, vndè connotat similitudinem, non proprietatem. Ex quibus optimè respondet ad allegatum textum *in l. si quis ne causam ff. si cert. petat.*, *Carocius loc. cit. nu. 4.* quod id, quod subditur, non veniat præcisè in consequentiam, sed in explicationem præcedentis; quod certè indigebat explicatione, cum fuerit appositum per particulam diminutiuam, *quasi*; quando autem consequentia veniunt continuatiuè ad explicationem præcedentium, venire debent in consideratione simul cum illis juxtà textum *in l. si seruus plurium §. fin. ff. de legat. 1.*

3 Probatur tertiò ex textu *in l. naturalis, §. at cum do ff. de præscriptis verbis*, vbi sic legitur. *At cum do, vt facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, sicuti in superiori casu emptio si res sit, non erit locatio: sed nascetur, vel ciuilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum conditio*, quo quid clariùs ad rem nostram?

Locatio magis similis venditioni, quam permutationi.

4 Probatur quartò ratione, quia contractus locationis, & conductionis magis assimilatur contractui emptionis, & venditionis, quam contractui permutationis, vt habetur, seu colligitur *ex d. §. præterea Instit. de locatione, & in d. l. naturalis §. at cum do ff. de præscriptis verbis*, vbi præcisè fit comparatio locationis ad venditionem; quod etiam euincitur ex eo, quod, quandò fit locatio, quodamodo venditur vsus illius rei, quæ locatur, ergo, sicuti in venditione interuenire debet merces, & pretium formalitèr sumptum, & in permutatione res pro re, ità in locatione, & conductione debet interuenire vsus, & pretium, non vsus, & vsus, cæteroqui magis assimilaretur permutationi, quam emptioni, & venditioni.

Probatur quintò, quia, vt infrà videbimus, locatio, & conductio est contractus nominati proprijssima species, vt est in confesso apud omnes scribentes, ergo debet per propriam rationem formalem contradistingui ab omnibus alijs contractibus, siuè nominatis, siuè innominatis, sed, si posset fieri in pecunia non numerata, non contradistingueretur per propriam rationem formalem a contractu innominato, quo duo inter se talitèr conuenirent, vt vnus conferret ad vsum bouem v. g., & alter quid aliud faceret, ergo &c. Hæc est ratio, in qua *Azorius Instit. mor. part. 3. lib. 8. de locato, & conducto c. 1. q. 1. vers. differt etiam locatum*, innititur.

Ex ijs, quæ in hac, & præcedenti probatione dicta sunt, facilè etiam erit respondere ad ea, quę per nonnullos dicuntur, scilicet per traditionem rei pretio æstimabilis pro vsu saluari proprijssimè locationem, quandoquidem nomine pecuniæ venit quæcunque res pretio æstimabilis; facilè, inquam, erit respondere, quia, cum requiratur pecunia ad contradistinguendum hunc contractum ab alijs, & ad constituendum eundem in maiori affinitate cum contractu emptionis, & venditionis juxtà textum *in l. 2. ff. locati*, non sufficit pecunia quomodocumque, & æquiualentèr accepta, sed debet esse formalitèr, & proprijssimè talis, cæteroqui &c.

Nomine pecuniæ propriè sumptæ nō venit quæcunq; res pretio æstimabilis.

4

Soluūtur argumēta contraria.

Ad rationes, & iura, quæ per Coras. afferebantur singillatim nunc respondendum est, & primò ad textum *in l. pecunia 178., & 222. ff. de verb. significat.* patet quid sit dicendum ex prædictis; non enim sufficit ad locationem pecunia lato modo, & minus rigoroso sumpta, sed debet esse formalitèr talis, cum sit formalitèr vt contradistinctiuum à cæteris contractibus.

Ad illud, quod adducitur ex *l. & hæc distinctio §. fin. ff. locati* dicendum est, talem textum nihil penitùs euincere, quandoquidem ibi est sermo solummodò de duobus, qui proprios fundos adinuicem commutauerant, & sic dicitur, quod ad inuicem fructus compensentur; Quod si dicatur ibi, *vt alter alterius fundum ità conductum haberet*; hoc intelligendum est per quandam accommodationem, quatenus scilicet nullus fundus per dominium translatus est in alterum, sed tantum quoad vsum, cæterum in rigore non est conductio, vndè meritò *Glosa in d. l. & hæc distinctio, verbo pensarentur in fine* explicans idem verbum dicit, *compensarentur*, id est fructus ad inuicem secundum proportionem commutarentur, quod est potius species cōmutationis, quam locationis, sicque conductio ibi nominata sumitur latè, non propriè, & expresse.

Est potius permutatio, quam cōductio.

Ad illud, quod dicitur *in l. licet C. de locato* dicendum est in eadem nihil exprimi, quod nobis aduersetur, nam ibi loquitur dumtaxat textus de quantitate, quæ pro pecunia accipitur *l. 1. ff. si certum petatur*; quod, si ibi exprimatur pluralis numerus, *licet certis annuis quantitatibus*, nihil tamen euincit, quia resoluitur secundum subiectam materiam in singularem *Bartolus in l. falsa §. fin. ff. de cond., & demonst.*, *Baldus in l. quamuis C. de impub.*, *Cardin. in Clem. 1. q. 32. de for. compet.*, *Panormitanus in c. vt priuilegia n. 2. & ibi in addit. in verb. singularitatem de priuilegijs*. Facit ad hoc optimè *Glosa in d. l. licet*, vbi asserit, ibi non esse sermonem de Colono partiario, sed de Colono; qui pecunia agros colendos assumpsit. Ibi: *Non erat partiarius hic colonus quia sic omne damnum, & lucrum esset commune, vt l. si merces §. si vis maior ff. locati, sed erat in nummis merces, & sic propriè conductor*

ductor dicitur. Facit item *Glosa in l. 2. §. deindè exactis ff. de orig. iuris*, vbi dicit plurale resolui in singulare *l. Diuus ff. de petit. hæred. §. fin. & l. 1. §. vt in initio ff. de posthumis post*.

Ad illud, quod dicitur ex *textu in l. si merces §. vis maior ff. locati*, dicendum est, nobis nō obesse, quandoquidem ibi solummodò dicitur, quod pro damno intolerabili fieri debeat remissio mercedis conductori, secus, si sit damnum modicum; cæterum ibi non dicitur, quod conductio stet sine pecunia numerata, quin potius dicitur *Apparet autem de eo nos colono dicere, qui id pecunia numerata conduxit*.

Dicitur impropriè locatio. Ad illud, quod dicitur ex *textu in l. si olei C. de locato, & cond.* dicendum est, quod, quamuis ibi textus vtatur termino locationis, impropriè tamen sumatur, vndè ibi *Glosa in verb. locasti*, dicit, *vsu concessisti, non tamen fuit locatio, quia sine mercede in pecunia esse non potest, vt l. 1. §. si quis seruum ff. depositi, & l. naturalis §. at cum do ff. de præscript. verb. & l. si vir. vxori ff. de donat. inter vir., & vxor.*, & ibi subdit, *Habes ex hac Glosa, quod ibi non erat locatio, sed erat contractus innominatus*.

Ad illud, quod dicitur *ex l. sed addes 9. ff. locati* dicendum est malè allegari ab *Ognate tract. 31. de locatione disp. 127. sect. 1. n. 12.* quandoquidem *in §. si dominus exceperit*, solum supponitur, quod possit vna quantitas pro alia, si hoc dictum sit, solui, & subæstimatione eius, quod dictum est, quatenus scilicet facta prius conuentione de certo pretio potest deindè fieri commutatio de illo pretio cum certa frumenti quantitate, vndè in eodem textu subditur *si dominus exceperit in locatione, vt frumentum certum modum certo pretio accipere, & dominus nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere, potest quidem totam summam ex locato sumere*.

Supponitur duplex contractus, alter locationis, alter permutationis.

Ad illud tandem, quod dicitur *ex §. adeò Instit. de locatione*, dicendum est nihil facere ad rem, quandoquidem ille textus procedit solummodò ad indicandum discrimen, quod intercedit inter locationem, & emphytheusim, & declarat solummodò contractum, de quo ibi agitur, esse emphyteuticum.

Ad rationem tandem, quę ibi adducitur, dicendum est Colonum partiarium nonnisi latissimo, vel lato modo dici conductorem, vt expresse colligitur ex allegatis iuribus, & præcipuè *ex l. naturalis §. at cum do ff. de prascript. verb.* Cæterum maioris claritatis gratia aduerte, colonum dupliciter posse, seu potuisse conuenire cum domino; primò modo per certam pecuniæ quantitatem, quam deindè postea, vel simul conueniat, seu conuenerit præstare in certa frumenti, vel alterius speciei quantitate, in quo sensu duplex quodamodo contractus saltem virtualitèr interuenerit, alter scilicet locationis per pecuniam, alter emptionis scilicet per talem pecuniam conuentam quantitatis frumenti, seu alterius speciei; secundò per certam frumenti quantitatem immediatè nullo habito respectu ad pretium; Si primò modo facta fuerit conuentio, certum est, tunc ibi interuenire locationem, quia, vt benè notat *Carocius de loc. & cond. de pecun. numer. q. 1. num 2.*, & cum eo *Ognate tract. 35. de locat. disp. 127. sect. 1. n. 16.* quando ab initio celebratur aliquis contractus in forma valida, si postea contrahentes pro eorum commoditate faciant aliam conuentionem, & loco pretij subrogent aliud, adhuc remanet primæuum nomen contractus, & actionis; Si secundò modo sumatur, seu facta fuerit conuentio; tunc adhuc distinguendum est, vel enim conuentio eo tendit, vt erogentur fructus habito respectu ad fundum, & ad labores, & industriam Coloni, & tunc erit contractus societatis, nam tunc lucrum, & damnum æqualitèr diuidenda sunt *textus, & Glosa in l. licet C. de locato*, vel conuentio eo tendit, vt soluat pro singulo modio fundi determinatas mensuras tritici, & tunc erit contractus innominatus iuxtà textum *in l. naturalis §. & cum do ff. de præscriptis verb*.

Collonus partiarus impropriè dicitur conductor.

PRÆNOTIO III.

Quotuplex sit locatio, & conductio.

SVMMARIVM.

Locatio alia de re mobili, alia de immobili. 1.
Alia ad vsum certum, alia ad incertum. 2.
Alia ad tempus certum, & incertum. 3.
Alia, qua res conceditur ad vsum, & persona ad factum. 4.
Varia species Colonorum. 5.
Priuilegia, & proprietates Colonorum. 6.

NOn incongruè post definitionem rei diuisio inquiritur; postquam enim res considerata est secundum se, & secundum sua prædicata essentialia, & constitutiua, exigit, vt consideretur in ordine ad suas species, & ad sua membra diuidentia. Procedit titulus de locatione, & conductione presse, & strictè sumpta, prout constituit speciem quandam contractus, vt contradistinctam à cæteris, nam, si sumatur latissimè, comprehendit libellum, censum, emphytheusim, prout considerauit *Menochius conf. 372. n. 12. l. 4., & Carocius de locato, & conducto in princip. titulo locationis diuisio n. 1.*

1 Potissimæ diuisiones sumuntur in ordine ad materiam, in ordine ad vsum, & in ordine

Prima diuisio locationis in rē mobilem, & immobilem. dine ad tempus; in ordine ad materiam alia est locatio de re mobili, vt cum locatur equus ad iter, liber ad studium, arma ad pugnam; alia de re immobili, vt cum locatur prædium vrbanum, cuius nomine veniunt ædificia intra vrbes, in quo sensu conductor dicitur inquilinus, vel prædium rusticum, cuius nomine veniunt agri, domus extra vrbes, in quo sensu conductor dicitur colonus *l. qui pignoris, ff. de acquirenda possessione Glosa in l. emptorem C. de locato*.

2 Secunda diuisio in vsum certum, & incertum. In ordine ad vsum alia est locatio ad vsum certum, vt cum locatur equus ad iter faciendum, bos ad arandum, alia locatio ad vsum incertum, & indeterminatum, vt cum locatur equus ad quemcumque vsum beneplacitum conductori.

3 Tertia ad tempus certum, & incertum. In ordine ad tempus alia est locatio ad tempus certum, vt cum locatur equus ad triduum, vel vinea ad triennium, alia ad tempus incertum, vt cum locator domus ad habitandum pro tempore beneplacito locatori. Aduerte tamen hic iuxtà superius notata, hanc locationem ad tempus incertum non posse esse vltra decennium, cæteroqui transiret in naturam emphytheusis. Porrò, quando est ad tempus certum, vel est ad modicum tempus, vel ad longum minus tamen decennio per supra notata.

Addi potest in ordine ad materiam alia diuisio, qua vel locatur res ad vsum, vel persona ad factum, seu obsequium, vel res simul, & persona, de qua diuisione ex textus *in l. qui operas ff. locati, & in l. si vno, & ibi Glosa in verbo personis ff. eod.*

4 Quarta diuisio ratione materiæ. Vlterius ratione materiæ, seu rei immobilis subdiuidi potest iuxtà superius notata locatio in locationem ad vrbana prædia, per quam conductor denominatur Inquilinus, & in locationem ad rustica, per quæ conductor colonus dicitur.

5 Variæ species Colonorum. Hic non incongruè nonnulla examinanda sunt circa huiusmodi colonos, qui verè, & propriè dicuntur conductores. Horum autem variæ sunt species, quas enumerant *Cuiac. in rub. C. de Agricolis, & Censitis Zasius in §. praeiudiciales nu. 14. institut. de act. Abbas in c. iudicatum de immunitat. Eccles.*, alij etenim dicuntur adscriptitij, qui per scripturam terræ, vel glebæ adscripti sunt, alij censiti, qui censum annuatim soluere tenentur; alij partiarij, qui soluunt partem fructuum, qui ex fundo locato percipiuntur *l. 25. §. 5. ff. locati, Tiberius Decian. cons. 51. n. 17. vol. 3., Redoanus de reb. Eccl. vers. sed colonus sub rub. de caducitate ob non solutionem, Menochius de retinend. possess. rem. 3. n. 53.* alij sunt originarij, vt nati ex Patre, & Matre colonis *l. cum satis primo responso, & l. fin. C. de agric., & censit. lib. 11.*

6 Priuilegia Colonorum. Priuilegia plurima colonorum enumerat *Carocius tract. de locato, & conducto tit. Colonorum priuilegia qu. 4., Menochius de arbit. cent. 194. n. 33.* inter quæ hæc enumerantur. Primò, vt insistentes colligendis, & seminandis frugibus aliquo modo ab exercitio, & opere non amoueantur *l. 1. C. de agric. & censit. lib. 10.* Secundò, vt quacunque die feriata in honorem Dei, & Sanctorum liberè, licitèque coloni interueniant necessitate veris vrgente *l. 3. C. de ferijs c. licet, & ibi Abbas de ferijs*. Tertiò, vt possint condere Testamentum coram quinque testibus *l. fin. C. de testamentis*, & ibi *Cinus, Bartolus, Angelus, Salicetus, Castrensis, & Iason*. Quartò, vt conueniri non possint in pecuniarijs causis, nisi coram defensoribus locorum *Alciatus reg. 2. præsump. 4. nu. 4.* Quintò, & hoc ratione agriculturæ, vt non possint occultari, vel in propria, vel in aliena Prouincia, sed ad sua loca teneantur redire *§. sed etiam auth. de mandat. princip.*, & alia, quæ vide penès citatos Doctores.

Proprietates Colonorum adscriptitiorum. Agunt hic fusè aliqui de proprietatibus colonorum adscriptitiorum, sed quia hoc parum pertinere potest ad præsens institutum, & videri potest apud Iuris interpretes, ideò breuitèr tantum aliqua reliquis omissis doctrinæ gratia attingam. Prima est, vt adscriptitij ad rem censitam ligari non possint sine prædijs, quibus adhærent *l. si quis inquilinus ff. de leg. 1.* Secunda, quod sine illis vendi non possint *l. quemadmodum C. de agricolis, & cens.* Tertia, quod non possint præscribi sine prædijs, nisi præscriptione longissimi temporis *l. 3. C. de diuers., & tempor. præscrip. l. 1. C. de seru. fugit.* Quarta, vt Dominus pro agricolis, & censitis, quos habent, præstet annonarias functiones *l. 4. C. de agric. & censit. lib. 11.* Reliqua respice apud Auctores.

PRÆNOTIO IV.

De Remedijs coloniæ retinendæ, & recuperandæ.

SVMMARIVM.

Domino turbato aduersus turbantem competit directum vti possidetis interdictum in impedimento coloni ad arandum, serendum &c. 1.

Hoc remedium competit etiam quoad colonos nostri temporis ad modicum tempus. 2.

Pro recuperanda colonia in iure præscribitur, vt si colonus à Domino, seu possessore bonæ fidei effugerit, ante omnia sit restituendus, & deindè de iure disputandum. 3.

OCcasione, qua nonnulla attigimus de diuisione colonorum, eorum priuilegijs

legijs

legijs, & proprietatibus non incongruo ordine, & ratione adiungenda duximus remedia coloniæ retinendæ, & recuperandæ. Procedit præcipuè titulus de colonis adscriptitijs, & censitis, qui tamen regulariter non sunt presse conductores per ea, quæ supra notauimus, quandoquidem eorum conductio extenditur ad longum tempus vltra decennium, & pensiones, quas soluunt, non sunt in pecunia numerata, sed in aliqua specie. Sensus igitur quoad primam partem tituli de retinenda in eo principalitèr consistit, quod supponatur, quod Dominus ius habeat recipiendi seruitia à colonis adscriptitijs, & ne turbetur a recipiendis huiusmodi seruitijs, quatenus colonus prohibeatur arare, seminare, & fructus colligere, in quo sensu quæritur, quodnam remedium concedatur in iure Domino aduersus perturbantem. Sensus quoad secundam partem tituli in eo consistit, quodnam remedium competat Domino, si colonus a Domino, seu possessore bonæ fidei effugerit.

Remedia de colonia retinēda, & recuperanda.

1 Assertio I. Domino turbato aduersus turbantem conceditur directum vti possidetis interdictum in impedimento coloni ad arandum, serendum &c. *Glosa in l. iubemus la seconda in princip. C. de Sacrosf. Eccl. Ripa in c. sæpè n. 30. de restit. spol. Menochius de recup. pos. rem. 10. n. 6., Afflictus in const. Siciliæ in cap. errores col. 1. in secundo not., Laudensis in c. 1. §. de feud. cognat., Ioannes Andreas ad Specul. tit. de causa possess., Tiraq. de retract. lignag. §. 1 glos. 7. num. 120.* hocque est speciale remedium coloniæ retinendæ.

Interdictum, vti possidetis.

Probatur assertio, quia de colonis adscriptitijs idem iudicatur, quod de prædijs immobilibus, quibus adhærent *l. quemadmodum C. de agric. & censit. lib. 11. l. longè ff. de diuers., & tempor. præscrip Faber in §. retinenda n. 6. de interdic.*, sed in turbatione prædiorum immobilium conceditur interdictum, vti possidetis directum *l. 3. ff. de diuers. & tempor. præscript.*, ergo &c. Maior probatur, tum quia coloni adscriptitij inter immobilia computantur, cum a solo non recedant *Glosa in l. 1. in verbo præscriptionem, & ibi Bartolus num. 5. C. de seru. fugit. arg. textus in l. creta, ff. de furt.*, tum quia legari non possint sine prædijs, quibus adhærent *l. si quis inquilinos ff. de leg. 1.*

Coloni adscriptitij inter immobilia computantur

2 Hic oritur difficultas, an ea, quæ hactenus dicta sunt de colonis adscriptitijs, intelligenda etiam sint de colonis nostri temporis ad modicum tempus. Affirmat *Faber in §. retinendæ n. 6. Instit. de interdict. & ibi, Ioannes à Platea col. 2. vers. ad secundum, Bartolus in l. 1. nu. 5. in verbo præscriptionem, C. de seruis fug.* Nec incongrua certè ratione, quandoquidem quousque colonus est, adhæret solo, sicque sub ea ratione res immobilis est, ea proportionali ratione, qua creta solo adhærens immobilis est, prout tamen est a solo separata, est mobilis, *l. si creta ff. de furt.*

Competit etiam quoad colonos nostri temporis.

3 Assertio II. Pro recuperanda colonia hoc remedium in iure præscribitur, vt si colonus à Domino, seu possessore bonæ fidei effugerit ante omnia sit restituendus, & postea de iure disputandum. Colligitur expressè in *l. si coloni C. de agric., & censit. lib. 11.*

Ex quibus nonnulla ad clariorem huius priuilegij explicationem, & ampliationem sunt deducenda, & primò, quod ante omnia sit restituendus, siuè receptator coloni fugientis sciuerit vitium fugæ, siuè ignorauerit. *Orta. in rub. de causa possess., & propr. col. 4. vers. 3. concl., Iacobus Menochius remed. 10. recuperandæ possess. nu. 15. qu. 2., Innocentius in c. sæpè n. 4. de restit. spol.* Secundò, quod liceat Domino propria auctoritate capere colonum fugientem, & proprijs manibus, dum tamen est in actu fugæ, & alicui nondum applicatus *Lud. de Pen. in d. l. si coloni q. 6. arg. debitoris fugitiui l. ait Prætor §. si debitorem ff. de his, qui in fraud. cred.* Tertiò, quod Dominus non solum potest Colonum fugientem in actu fugæ per se capere, sed etiam per alium à se non solum ex vi *d. l. si coloni*, sed etiam ex regula *potest quis per alium*. Quartò, quod etiam sit restituendus colonus, quantumuis per Principem fuerit euectus ad aliquam dignitatem *Luc. de Penn. in l. si Coloni q 8. per l. Colonos, l. originarios C. eod. tit.* Excipe tamen ab hac regula, si promoueatur ad Episcopalem dignitatem, quia tunc liberat colonum à seruitute *Baldus in l. humanum in fin. C. de legibus in l. fin. in princip. C. de cor. ser. manet., Decius in c. cum te nu. 8. de rescript. in c. cum in cunctis c. cum verè de elect.*

Remedia contra colonum à Domino fugientem.

Hic ad clariorem huius assertionis cognitionem agunt aliqui fusè de libellis, de petitionibus, litis contestationibus requisitis in recuperanda, alijsque similibus possessorijs iudicijs, sed quia hæc ad aliam materiam pertinent, ideò quæstiones has ad sua loca transfero.

PRÆNOTIO V.

An subsistat locatio nulla facta mentione mercedis.

SVMMARIVM.

Locatio, & conductio sine expressa mentione mercedis subsistit, dummodò in conuentione non intercesserit expressa, vel implicita exclusio eiusdem. 1.

Facta locatione sine expressa mentione mercedis, locatio regulanda est ad normam consue-

suetudinis, vel ad arbitrium boni viri. 2. *Consuetudo, cui standum est, debet esse generalis in tali loco, vbi celebratur cõtractus.* 3 *Quando consuetudo est diformis, quomodo sit regulanda.* 4.

VEnditionem non consistere sine pretio clarè colligitur *ex §. pretium inst. de contrab. empt.*, ex quo videtur optimè deduci, nec locationem, nec conductionem posse subsistere sine mercede, cum locatio, & conductio quodamodo regulentur ad normam emptionis, & venditionis *l. 11. ff. locat.* Nihilominus sit

1 Assertio I. Locatio, & conductio sine expressa mentione mercedis subsistit, dummodò in conuentione non intercesserit expressa, vel implicita exclusio eiusdem. *Angelus, & Salicecus in l. excepto in glos. fin. C. locati*, *Paulus de Castro in l. 1. §. si quis seruum nu. 4. ff. depositi*, *Iason in l. certi condictio §. si nummos num. 11. ff. si cert. pet.*, *Castrensis in l. emptorem §. fin. n. 4. ff. de act. empt.* Per hanc assertionem conciliare existimo opiniones extremè oppositas. Qui enim asserunt subsistere posse locationem sine mercede, hoc non asserunt absolutè, sed dumtaxat in eo sensu, quo non fiat expressio illius, cum quo stat, vt contrahentes eandem intendant iuxtà consuetudinem, vel ad arbitrio boni viri, qui verò negant, intelligunt, vel de expressa, vel de implicita negatione illius.

Conciliatio sententiarũ oppositarum.

Hæc assertio vim maximam habet in Glosa ab omnibus recepta *in l. excepto in Glos. fin. C. locati*. Ibi. *Quando certa merces non exprimitur, datur quantum solet ex consuetudine* iuxtà textum *in l. si finita in princip. ff. de damn. infect.*, *& l. quod si nolit, §. quia assidua ff. de ædil. edict.* Vide *Alexandrum conf. 190. col. 3. vol. 2.* Nec incongruæ rationi innititur hæc glosa, quandoquidem, qui dat titulo locationis, non dat titulo gratuitæ largitionis, sicque præsumitur velle onera, quæ eidem locationi insunt; onera autem congruentius taxari non posse videntur, quando de eisdem nihil fuit dictum, quam secundum præscriptum consuetudinis, cui contrahentes præsumuntur se accommodare.

Dans titulo locationis nõ dat titulo dedutionis.

Quod, si supponas in loco contractus, nullam adesse consuetudinem circa pensionem, seu pretium locationis, tunc dicendum est, vt mox subdo.

2 Assertio II. Facta locatione sine expressa mentione mercedis locatio regulanda est ad normam consuetudinis; vbi nulla viget consuetudo, regenda est arbitrio boni viri attentis circumstantijs, & valore vsus in locatione concessi, vel etiam officio Iudicis, siue extra ordinem, *Bartolus in l. Magistratus ff. ad munic.*, *Abbas conf. 16 col. 2. vol. 1.*, *Barbat. in c. quod translationem de offic. leg.* *Iason in l. diem functo col. 3. de offic. assess.*, vbi asserunt, quod officialis electus ad aliquod officium videtur electus cum illo salario, quod tradi solet alijs in tali officio. Quoad officium verò Iudicis clarè deducitur ex *Glosa in l. salarium ff. mandati*.

Regula est consuetudo, vel arbitriũ boni viri.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia quando inter partes nihil expresè actum est, ex communi consensu, & iuris interpretatione id actum intelligitur, quod consuetum est *l. Domini borreorum, & ibi Iason C. de agric. & censit. lib. 11.*, vndè meritò *Baldus in l. cum de consuet. in prima lect. ff. de leg.* asserit consuetudinem esse pactum tacitum ciuium, & informare contractus, quibus inest sine vllo pacto, ergo consuetudo est certa regula quoad pensionem locationis.

Actum intelligitur, quod consuetum est.

Hic oritur difficultas, cuinam consuetudini standum sit in hac materia, quando scilicet alia est consuetudo locatoris, alia conductoris, alia communis, & generalis in loco, in quo celebratur contractus. Existimo standum congruentius esse consuetudini generali loci, in quo celebratur cõtractus *Rota Romana in vna Romanensis locationis die 10. Decembris 1578. prout part. 2. decis. 88. coram Cantucio Veron Glosa in l. si fundo §. si in commissoria ff. de leg. commiss.*, *Ioannes Andræas in reg. quomodo facit de reg. iur.*, *Bartolus in l. nemo col. 1. ff. de duobus reis*. *Immola in c. potuit de locat.*, *Romanus conf. 114. col. 2.*, *Antonius Gabriel de consuetudine concl. 1. per tot.* Assertum hoc maximam vim habet *in l. semper in stipulationibus ff. de reg. iur.* Quod, si adducantur alia iura, in quibus dici videatur, quod sit inspicienda consuetudo localis Patris, & sic particularis contrahentis, *vt in l. vel vniuersorum ff. de pigno. act. l. qui semisse ff. de vsu l. hæredes palam §. si quia post ff. de testam. & l. si seruus plurium §. fin. ff. de legat. 1.* hæc intelligenda sunt quoad vltimas voluntates, & præcipuè quoad legata, vt explicat *Bartolus in l. cum certum ff. de vin. trit.* vel quoad contractus impropriè sumptos dependentes ab vnius tantum voluntate, de quibus præcisè loquuntur iura *in l. vel vniuersorum ff. de pig.* atque in hoc sensu præcisè discurrit *Romanus conf. 94. in fin.*, *Cagnolus in l. semper in stipulationibus ff. de reg. iur.*, non autem quando contractus dependet ab vtriusque contrahentis voluntate, quia sic ad euitandas voluntatum oppositiones certior regula nequit haberi, quam consuetudo loci generalis *d. l. semper in stipulationibus ff. de regulis iuris*, *& reg. inspicimus de reg. iur. in 6.* 3

Consuetudo generalis loci prævalet.

Quod, si supponas consuetudinem in tali loco non esse vniformem, sed difformem, quatenus vnus rem suam, vel operas suas locet determinato pretio, alius alio, & diuerso, tunc assererem, quod, si res illa, seu operæ consueuerint locari, quod standum 4

B effet

Quomodo attendenda sit consuetudo, quãdo in tali loco non est vniformis.

esset pretio, quo quoad rem illam determinatam, seu operas fieri consueuerat locatio, quod, si vlterius supponas, quod difformitèr consueuerint locari, tunc dicerem congruentiùs attendendum esse pretium vltimæ locationis, *Baldus in l. binos circa fin. C. de aduoc. diuers. Iud. per not. per Bartolum in l. mela §. 1. ff. de alim. leg., Antonius Gab. de consuet. concl. 1. n. 74.*, vbi asserit, quod, si Princeps contulerit alicui officium aliquod cum consuetis salarijs, & salaria ipsa antecedétèr fuerint varia, intelligenda sit mens concedentis de salarijs vltimo positis. Ratio autem ea esse potest, quia præcipuè in materia locati, & conducti vltima derogant primis *l. cum in plures §. locator horrei ff. locati l. cum hic status §. præsentia ff. de don. inter vir., & vxor.* Si verò res illa, seu operę non consueuerint locari, tunc asserendum videtur, quod conductio fieri debeat ad iuris communis dispositionem iuxtà textum in *d. l. semper stipulationibus ff. de reg. iur.* secundum quam taxatio fieri debet officio Iudicis, vel arbitrio boni viri attentis omnibus circunstantijs.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod, cum ipsi contrahentes legem sibi non statuerint, nec talis lex inducta intelligatur per consuetudinem, in partium discordia nõ congruentior regula potest poni, quam arbitrium boni viri, seu officium Iudicis, quo in alijs similibus vtimur, atque iuxtà hunc sensum loquitur *Glosa in cit. l. salarium ff. mandati.* Ibi - *si verò nec promissum, nec conuentum tunc officio Iudicis siue extra ordinem iuxtà textum in l. 1. §. in honorarijs ff. de var. & extraord. cog.*

Arbitriũ Iudicis est certa regula.

Circa ea, quæ dicta sunt in hac prænotione, obiectum consurgit non modici roboris, quomodo scilicet cohæreant cum dictis in definitione locationis supra *prænot. 1. vers. certa mercede*, si enim requiritur certa merces, quomodò subsistere potest locatio non facta mentione eiusdem? sed habito respectu ad consuetudinem, quæ vt plurimum varia est, vel ad arbitrium boni viri, quod est incertum? Nihilominus facilis est dissolutio, si asseratur, sufficientèr mercedem reddi certam, vel ex consuetudine, vel ex arbitrio boni viri, vel officio Iudicis iuxtà allegata iura; non enim ly, *certa mercede*, importat, quod in celebratione contractus debeat per contrahentes determinari, sed sufficit, quod præsumantur se determinare, iuxtà quod determinat consuetudo, vel ius commune præscribit.

Redditur certa merces, vel ex cõsuetudine, vel ex arbitrio.

Pro cõplemento probandum remanet id, quod assertum fuit in prima assertione, & non probatum, quod scilicet non subsistat locatio, quando in celebratione contractus apposita fuit, vel implicita, vel expressa exclusio pensionis. Probatur igitur primò, quia sine pretio, seu cum exclusione expressa ipsius propriè non subsistit venditio §. *pretium instit. de contrah. empt.*, ergo etiam sine mercede, seu cum exclusione, siue implicita, siue explicita eiusdem non potest subsistere locatio. Consequentia tenet *arg. deducto ex l. 11. ff. locati.* Secundò, quia nullo posito onere respectu recipientis contractus potius habet naturam gratuitæ largitionis, quam conductionis, ergo sine mercede non potest subsistere contractus in ratione locationis. Antecedens secundum se patet, quia ex vtraque parte contractus non esset onerosus.

Nullo posito onere ex parte conductoris esset potius donatio, quam locatio.

PRÆNOTIO VI.

An superueniente sterilitate in re locata remissio mercedis sit facienda, & superueniente magna fructuum copia merces sit augenda.

SVMMARIVM.

Sterilitas superueniens fundo locato sine culpa conductoris, si magna fuerit, regularitèr est compensanda in diminutione pensionis. 1.
Adducuntur nonnullæ exceptiones præcedentis assertionis. 2.
Sterilitas debet esse tanta, vt colonus non colligat tot fructus, vt deductis expensis valeant dimidium pensionis adæquare. 3.
Casus in particulari, in quibus remissio per locatorem non est facienda. 4.
Superueniente in fundo locato magna fœcunditate augmentum pensionis præstandum est. 5.
Dantur exceptiones aduersus locatores in casu superabundantiæ. 6.

Videntur sibi correllatiua sterilitas ad remissionem pensionis, & superabundantia fructuum ad eiusdem augmentum; ideò non incongruè sub hoc eodem titulo vtraque examinanda proponitur. Hic erit sermo in primis, an sterilitas secundum se inducat onus compensationis, restaurationis, seu diminutionis pensionis. Secundò qualis, & quanta debeat esse hæc sterilitas ad inducendam remissionem, vel quoad totum, vel quoad partem. Tertiò, an detur aliqua exceptio in ordine ad locatorem quoad talem remissionem, seu diminutionem. Quartò, an è contrario sensu superabundantia fructuum inducat ius maioris pensionis. Quintò qualis, & quanta debeat esse hæc superabundantia ad inducendum tale ius. Sextò, an detur aliqua exceptio in fauorem conductoris, ne pensio augeatur.

Varij status, secũdũ quos potest examinari titulus.

Assertio I. Sterilitas superueniens in fundo locato sine culpa conductoris, si magna fuerit, iure Pontificio, & Cæsareo confert 1
ius conductori, vt de mercede proportionalitèr diminuatur regularitèr loquendo. *Glosa*

Glosa, *& Doctores in l. licet 8. C. de locato, Panormitanus in c. propter sterilitatem n. 12. & ibi Felinus, Decius, & Ancharanus de locato, Coarruuias in pract. cap. 30., Antonius Gomez secundo var. c. 3. num. 18., Molina disp. 495. vers. quartus, Bonacina disp. 3. de contractibus q. 7. punct. 4. n. 13., Vin. opin. 63. part. 2., Rub. cons. 13. in fin. part. 1.*

Dixi primò, *sine culpa conductoris*, nam, si aliqua culpa ipsius interuenerit, ob quam sterilitas fuerit inducta, non est in aliquo reintegrandus, sed eandem debet sibi, suæque culpæ imputare. Quænam autem, seu quanta culpa conductoris requiratur ad eximendum locatorem ab onere remissionis constabit ex infrà dicendis.

Modica sterilitas nō compensatur. Dixi, *si magna fuerit*, quia si modica fuerit sterilitas, non incumbit onus locatori diminuendi de consueta, seu consueta pensione *l. si merces §. vis maior, ff. locati*, vbi sic legitur. *Alioqui modicum damnum æquo animo debet ferre colonus, quia immodicum lucrum non aufertur, quia qui sentit cōmodum sentire debet, & damnum*. Atq; ita sentiunt *Reginaldus lib. 26. c. 41. n. 251., Azor. tertia part. lib. 8. q. 1., Gomez secundo var. c. 3. n. 18.*

Dixi, *iure Pontificio, & Cæsaræo*, propter nonnullos contendentes huiusmodi ius diminutionis pensionis adueniente sterilitate competere conductori ex ipsa natura rei, & contractus, inter quos numeratur potissimum *Antonius Gomez 2. var. c. 3. nu. 18.*, qui ea potissimum ratione mouetur, quia conductori ex locato competit actio ad fructus per ea, quæ infrà fusè examinabimus, sicuti venditori competit actio ex empto ad pretium; ex quo sic arguit; non existente re tollitur actio ad pretiū ex ipsa rei natura, ergo non existentibus fructibus ex ipsa natura rei tollitur actio ad mercedē. Consequentiam probat, quia sicuti actio ad pretium in venditione fundatur in existentia rei venditæ, ita actio ad pensionem in locatione fundatur in existentia fructuum, ergo, sicuti non existente re vendita tollitur actio ad pretium, ità non existentibus fructibus propter sterilitatem non dabitur actio ad pensionem. Quidquid igitur huius-

Actio ad pensionē fundatur in existētia fructuum. modi Doctores asserant, non incongruè ad ius Cæsareum, & Pontificium assertionem restrixi, quandoquidem præscindendo à iure positiuo non video, qua ratione teneatur locator ius amittere ad conuentas pensiones, ipse etenim locat rem ad fructus, & ad vsum, nec se obligat de euictione quoad illos, sed solum locat rem ad illos fructus, & vsum, quos, seu quem potest producere, seu habere, & regularitèr producuntur, seu habentur, quod si alitèr procedat, res non est ex natura sua imputanda locatori, qui rem tradidit ad quoscunque euentus sub illa pensione conuenta. Ad rationem, quæ in contrarium afferebatur per Antonium Gomez *loc. cit.* dicendum est, disparem esse rationem de venditione non existente re vendita, ac de locatione non existentibus fructibus, quæ dispar ratio in eo consistit, quod in venditione non existente re non est fundamentum, in quo fundetur ius ad pretium, existente autem re locata, & non existentibus fructibus adest fundamentum, cui innititur ius ad pensionem, nempè res secundum se fructifera, quod, si deindè per accidens fructus non afferat, hoc non officit ex natura sua iuri, quod ex conuentione acquisiuit locator; non enim ipse fructus determinatos vendidit, seu locauit, sed dumtaxat fructus indeterminatè, quos fundus locatus pariet, ea ratione, qua contingit in venditione iactus retis, in qua non determinatos pisces vendit, sed quos contigerit per talem iactum retis acquiri, vnde, si nulli etiam acquirerentur, pretium conuentum adhuc esset soluendum per ea, quæ docuimus *tom. primo sub tit. Contractus l. de Contractibus, vt sic Disq. 1. §. 1.*

2 Adducūtur nonnullæ exceptiones ad regulā præcedentem. Dixi, *regularitèr loquendo*, cum multi extent casus, in quibus locator non tenetur de mercede diminuere. Primus est, quando sterilitas est modica iuxtà superiùs dicta. Secundus, nisi actum esset inter conductorem, & locatorem, quod eueniente sterilitate nulla fieret remissio, quia conuentionibus inter partes standum est *l. licet 8. C. de locato l. item quæritur §. si gemma ff. eod. l. iuris gentium §. si quis pactus ff. de pactis, Filliutius tract. 36. c. 3. n. 49.*, & potissimum in hac materia euincitur *ex l. si quis fundum ff. locati*. Tertius, quando consuetudo regionis alitèr obtinuit *l. ex conducto §. si vis tempestatis, & l. licet C. de locato l. semper in stipulationibus ff. de reg. iur., Panormitanus c. propter sterilitatem de locato*, quia, sicuti pacta obligant, ità & consuetudines. Quartus, quando colonus est partiarius, quia tunc ad ratā diuiditur damnum inter locatorē, & conductorē, *l. si merces §. si vis maior. ff. locati*. Quintus, quando vitium prouenit ab intrinseco rei locatæ vtique cognito à conductore *Bartolus ex l. ex conducto §. si vis tempestatis ff. locati*. Sextus, quando fructus iam fuerunt separati, quia tunc damnum imputatur conductori, non locatori, & ratio est, quia ad huiusmodi casum iura non attendunt, cum illum non exprimant, & cum fructus iam intelligantur collecti, pleno iure transeunt in conductorem, cui propterea pereunt, *Bartolus in l. ex conducto, §. si vis tempestatis ff. locati*. Septimus, quando sterilitas vnius anni compensatur per maiorem fertilitatem alterius. Expressè habetur *in l. ex conducto §. Papinianus ff locati*. His igitur pro maiori notitia explicatis;

Probatur primò assertio quoad ius Pontificium *ex c. propter sterilitatem de locato*,

Assertio probatur ex iure Pontificio.

vbi sic legitur. *Propter sterilitatem afficientem magno incommodo conductores vitio rei sine culpa coloni, seu casu fortuito contingentem colonis Ecclesiæ tuæ pro rata est pensionis remissio facienda, nisi eum vbertate præcedentis, vel subsequentis anni valeat sterilitas compensari*. Vide quoad hunc casum *Antonium Gomezium tom. 2. var. resol. cap. 3. Arium Pinellum in l. 2. C. de restindenda vendit. part. 1. c. 3., Parisium cons. 88. lib. 1., Guidonem Papam decis. 630.*

Probatur secundò, quoad ius Cæsareum *ex l. si merces §. vis maior ff. locati*. Ibi *vis maior non debet conductori damno esse, si plus quam tolerabile est, læsi fuerunt fructus &c.*

Iura ciuilia euincentia intentũ.

Hæc iura tam Pontificium scilicet, quam Cæsareum fundantur in quadam æquitate, seu commiseratione conductoris, ne scilicet teneatur plus pensionis exsoluere, quam exigat fructuum penuria sine sua culpa.

Assertio II. Ad hoc, vt sterilitas pariat 3
ius respectu conductoris, vt fiat remissio, talis, ac tanta esse debet, vt colonus non colligat tot fructus, vt deductis expensis valeant dimidium pensionis satisfacere, qua in hypothesi solutio mercedis facienda est dumtaxat ad ratam. *Abbas in d. c. propter sterilitatem n. 12. de locato. Iacobus Menochius de arbit. Iud. lib. 2. cent. 1. cap. 179. Bartolus in l. licet C. de locato, Bossius de remis. merced. cond. nu. 2., Castrensis in l. ex conducto §. si vis n. 5. ff. locati, Alexander cons. 107. n. 18. lib. 7., Gigas de pens. q. 66. nu. 18., Aret. cons. 52. num. 2., Aries Pinellus ad l. 4. C. de rescind. vend. c. 3. nu. 21., Emanuel Suarez in suo thesau. lit. G. num. 220.*

Probatur, & explicatur, & primò non sufficere quamcunque modicam sterilitatem iam satis, superque elucet ex præcitatis iuribus *in c. propter sterilitatem de locato, & l. si merces §. vis maior ff. locati*. Secundò, si omnes fructus periret ex fortuito, & inopinato casu indubitati iuris est remissionem quoad omnem pensionem habendam esse *l. ex conducto §. sed, & si ff. locati*, vbi sic legitur *sed, & si labes facta sit, omnemq. fructum tulerit damnum coloni non esse, vt suprà damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur*. Igitur sterilitas, nec tam modica esse debet, nec ex necessitate, tam magna, vt omnes fructus absorbeat. Sit ergo media, qua ex vna parte prouideatur indemnitati Coloni arantis, & serentis, facientisque impensas, & impendentis laborem suum, ratione cuius diximus detrahendum esse ex fructibus, primò quantum labores, & impensæ important, ex alia, si colligerentur tot fructus, quot sufficerent ad adæquatam pensionem conuentam non video, cur in totum non esset soluenda. Fateor, me huic computationi in assertione appositæ assentiri propter auctoritatem *Bartoli loc. cit.*, & communem consensum; cæterum cum nulla iura hoc definiant, non video, cur colonorum iudicio, & æstimationi standum non esset.

Dixi, *qua in hypothesi collatio mercedis facienda est dumtaxat ad ratam*, pro quo scias, quod, si ex agro locato, vel nihil absolutè collectum sit, vel semen tantum cum eo, quod important impensæ, & tunc non habet locum pro rata, sed remissio in integrũ facienda est *d. l. ex conducto §. 1. ff. locati*, si verò vltra semen, & pretium expensarum quid aliud collectum est, tunc primò deducendum est semen, & id, quod impensum est, deindè ex reliquo dimidia pars tradenda est locatori, reliquum verò diuidendum inter eundem locatorem, & conductorem, sic v. g. si prædium aliquod conductum fuerit pro mille libris Imperialibus, & ex illo prædio consueuerint colligi centum modij tritici, & pro aliquo anno non fuerint percepti, nisi quadraginta, tunc conductor debet prius de illis quadraginta modijs detrahere, quantum valet semen, & expensæ in colendo factæ; postea reliquum debet appretiari iuxta stilum fori, & dimidium valoris tradi locatori, & aliud dimidium diuidi inter ipsos.

Quandonam facienda sit remissio ad ratam quandonam in solidum.

Hanc regulam tradidi propter communem auctoritatem, & consensum, cæterum suis non caret difficultatibus. Aptior meo videri, & facilior ea est, quam tradunt *Glosa in l. si vno ff. locati, & Cinus in l. licet C. de locato*, asserentes ad effectum, vt fiat remissio, sterilitatem vulgi opinione æstimandam esse, sicuti æstimatur pretium rerum venalium. Iuxtà quam etiam est dicẽdum, quod rata etiam, iuxtà quam facienda est remissio, sit taxanda iuxtà eiusdem vulgi æstimationem considerato triplici respectu quantitatis, & pensionis, loci, & rei.

Melius onus remissionis arbitrandum est communi vulgi opinione.

Assertio III. Vltrà recensitas causas, ob quas locator non tenetur ob sterilitatem remittere de pensione conductori, dantur aliæ exceptiones in fauorem eiusdem locatoris, propter quas eximitur ab onere talis remissionis. *Azorius institut. mor. part. 3. lib. 9. c. 10 qu. 2., Ognate tract. 35. de locatione disp. 27. sect. 6. n. 92., & seq.* 4

Prima est, si in tali prædio sterilitas sæpè sit solita contingere, vt si tale prædium sit in confinibus agrorum, in quibus frequentes sunt incursus hostium, vel sit propè fluuium, vbi contingunt frequentes inundationes. *Albericus in l. licet C. de locato. Ripa in tract. de peste tit. de priuileg. contractuum causa pestis num. 87., Philippus Portius cons. 143. nu. 22.* Ratio autem huius exceptionis ea est, quia illa sterilitas vtpotè frequens, supponitur præuisa, & computata in conuentione pensionis.

Sterilitas non est remittenda, quando solita est contingere.

Secunda est, quando damnum contingit post fructus separatos, & collectos, vt quia corrumpuntur, vel per hostium incursiones aufe-

Nec quādo damnum cōtingit post fructus collectos, & separatos

auferantur, vel dissipentur *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 9. c. 10. q. 2. vers. secunda causa*, quamuis hic postea limitet exceptionem in casu, quo frumentum in area perijsset, pro qua limitatione allegat *Bartolum, & Salicetum in l. damnum C. de locato*. Ratio exceptionis ea est, quam supra adduximus, quia scilicet post collectionē fructus quoad dominium facti sunt absolutè conductoris, & sub ipsius custodia; Neque audiendus est Azorius quoad eam limitationem, quandoquidem collectis fructibus cessat onus locatoris, cum fructus deuenerint in potestatem conductoris, qui statim, ac collegit, induit onus pensionis soluendæ.

Nec quādo fructus collecti, qui fuerunt collecti, quantumuis modici, tanti valoris sunt vt possit integra pensio solui.

Tertia est, quando quidem fructus collecti sunt infrà medietatem consueti, quod ex prædio locato consueuit colligi, tanti tamen valoris sunt ob eorum penuriam in tali loco, vt ex illis venditis possit solui integra pensio, tunc etenim non facienda est remissio *Cornelius cons. 128. col. penult. lib. 2., Rolandus cons. 86. n. 8. lib. 3., Caphal. cons. 104. n. 3. lib. 1. Rimin. in princip. de donat. n. 10. q. 8.* Ratio huius exceptionis ea est, quia iura positiua concedentia remissionem pensiones in casu sterilitatis hoc pręstant ob commiserationem conductoris, ne scilicet teneatur onera pensionis obire sine fructibus, seu valore eorundem, hocque limitant ad determinatam sterilitatem, sed quando excipiuntur tot fructus, qui, licet in quantitate sint minores, sunt tamen in valore adæquantes illam quantitatem, qua stante non est facienda remissio, cessat ratio concessionis illius remissionis, quandoquidem illi fructus licet minores æquiualent in valore illi fructuum quantitati, qua stante non est facienda remissio; ergo &c.

Nec quādo sterilitas contingit in vna parte, & in altera fuerit maxima fertilitas.

Quarta est, quando in vna parte prædij locati sunt fructus excedentes, in alia diminuti *Riminaldus Iun. cons. 40. n. 11. lib. 1.*, tunc etenim fit quædam tacita compensatio. Hic suboritur difficultas; an si duo petiæ terræ in diuersis locis existentes fuerint eidem vno, eodemque contractu locatæ, & in vna inducta fuerit sterilitas, & non in alia, sit facienda remissio mercedis pro loco, in quo fuit sterilitas? Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod iuxtà superius dicta tunc tātum debetur remissio, quando non colliguntur tot fructus, quot sufficiant deductis expensis ad satisfaciendum pro dimidio pensionis; cum igitur in hac hypothesi supponantur in vna parte colligi consueti fructus, licet nō in alia, sequitur, quod colligantur sufficientes fructus ad medietatem, & vlterius, & proindè &c. Nihilominus sentiendum existimo, pro illa petia terræ, in qua fuit sterilitas, si hæc fuerit magna, faciendam esse remissionem ad ratam nullo habito respectu ad fructus alterius petiæ, nisi fuerint superabundantes, *Riminald. Iun. cons. 40. num. 1. lib. 1.* Ratio ex eo deducitur, quia licet vtraque petia terræ cadat sub vno, eodemque contractu, cum tamen sit diuisa, se habet quodamodò per modum duplicis fundi, adeoque re considerata in ordine ad vnumquemque secundum se, si in vna cadat sterilitas talis, qualis sit meritoria remissionis, erit in eadem, & pro eadem facienda remissio; quod secus militat, quando in eadem petia terræ secundum partem est sterilitas, non secundum aliam, quia tunc vtraque illa pars se habet per modum vnius fundi, per quod etiam respondetur rationi dubitandi.

Intellige, si fuerit in eodem agro.

Assertio IV. Superueniente in fundo locato magna fructuum abundantia augmētum pensionis faciendum est in fauorem locatoris *Gregorius Lopez l. 23. tit. 5. part. 5., Ancharanus c. propter sterilitatem col. 3. n. 23. de locato, Bartolus in l. si merces §. vis maior n. 8. ff. locati, Antonius Gomez 2. var. c. 3. nu. 19., Siluester verb. locatio qu. 14., Filliutius tract. 36. c. 3. q. 5. num. 52., Ognate tract. 35. de locatione disp. 127. sect. 8. nu. 120., Azorius instit. mor. par. 3. lib. 9. c. 10. q. 3.*

Æqualis debet esse vtriusque contrahentis cōditio.

Probatur primò, quia in contractibus onerosis vltrò citroque obligatorijs æqualis debet esse vtriusque contrahentis conditio, adeo vt, si ex casu fortuito immineat periculum damni, etiam ex eodem casu fortuito vigeat spes lucri, vt spes cum periculo compensetur, sed non esset æqualis vtriusque contrahentis conditio, si superueniente magna copia fructuum faciendum non esset augmentum pensionis, ergo &c. Minor probatur, quia locator solum subesset periculo remissionis pensionis, & non spei augmenti, & conductor eueniente casu insolito sterilitatis tutus esset de remissione, adeoque quodamodo de lucro, & superueniente affluentia nulli augmento subesset, ergo &c.

Probatur secundò ex superius dictis *ex l. ex conducto §. Papinianus ff. locati*; sterilitas vnius anni compensatur cum affluentia, & magna fertilitate alterius, adeo vt stante hac combinatione pro anno sterilitatis non sit facienda remissio, sed hoc non subsisteret, nisi eueniente superabundantia fructuum esset debitum locatori augmentum pensionis; ergo &c. Probatur minor, quia compensatio ex genere suo est iuris crediti cum iure debiti, ergo &c.

Probatur tertiò ex eo, quod communitèr circumfertur exemplo Molendini, quod, si solum supersit reliquis omnibus destructis, quod proindè crescat in pretio, inducit onus in conductore augendi pensionem *Molina disp. 494. num. 10., Lessius c. 24. dub. 3. n. 21., Filliutius tract. 36. c. 3. qu. 5., Nauarrus c. 17. n. 191., Reginaldus lib. 25. c. 7. n. 524., & alij communitèr*, ergo etiam si fundus locatus crescat in valore ratione superfluentiæ

tiæ fructuum, pensio erit augenda. Consequentia tenet, nisi assignetur disparitas.

Aduersus hanc assertionem nonnulla militant argumenta in præsenti non prætereunda. Primum deducitur ex eo, quod in iure hoc onus augendæ pensionis superueniente affluentia non reperitur expressum. Secundum paritate venditionis rei, in qua ex post facto non est augendum pretium, quantumuis lucrum emptoris fuerit magnum. Sed facilè erit his occurrere, si afferatur ad primum, quod, quamuis hæc dispositio in iure non reperiatur expressè apposita, intelligatur tamen implicitè adiecta, quia dispositum in vno ex correlatiuis intelligitur regulariter dispositum, & in altero *l. fin. C. de indic. induct. col. l. 1. C. ne liceat pot.* Ad secundum, si afferatur, quod, quamuis in multis locatio cum venditione seruet affinitatem, non tamen in omnibus, & præcipue in eo, quod facit ad rem præsentem, quod in venditione res transfertur in emptorem cum pleno iure secundum valorem, quem habet tempore contractus, vnde, si quid valoris acquirit, acquirit eidē emptori, vtpote domino, in locatione verò res non transfertur cum pleno iure, sed tantum cum iure ad fructus non quidem quomodocunque, sed tantum ad fructus consuetos, vnde sicuti, quandò fructus diminuuntur, quodamodo diminuuntur locatori, cum teneatur ad ratam facere remissionem pensionis, ita quando augentur, quodamodo eidem locatori augeri sunt censendi propter rationem, quam innui.

Solũtur argumēta in cōtrarium.

6 Assertio V. Ad hoc, vt fertilitas pariat ius augmenti pensionis respectu locatoris cum onere conductoris, talis, ac tanta esse debet, vt excedat consuetum vltra dimidium *Ognate tract. 35. de locatione disp. 127. sect. 8. nu. 126.* Coronat hæc assertio cum prima præcedenti; si enim ad inducendum onus remissionis sterilitas tanta esse debet, vt deductis expensis fructus non excedant dimidium pensionis, vtique ad inducendum ius augmenti in fauorem locatoris fertilitas tanta esse debet, vt excedat medietatem fructuum consuetorum, vt seruetur debita proportio.

Assertio VI. Aduersus locatorem in recensitis casibus abundantiæ dantur multæ exceptiones in fauorem conductoris, ne teneatur pensionem augere. Nonnullas enumero.

Prima est, quando anno præcedenti in fundo locato magna fuit, & proportionata sterilitas, tunc etenim fit tacita compensatio fertilitaris anni præsentis cum sterilitate præcedentis *arg. l. ex conducto §. Papinianus ff. locati.*

Compensatio vnius anni pro alio.

Secunda, quando vbertas fructuum proueniret ex solertiori industria ipsius conductoris; hoc etenim imputandum est conditioni eiusdem, nec ipsius solertia, & industria debet eidem obesse *Azorius institut. mor. part. 3. lib 9. c. 10. qu. 3. in fin.*

Cessat, vbi copia est ex industria conductoris.

Tertia est, quando ex fundo locato collecti sunt tantummodò fructus consueti, sed isti tanti valoris pro anno, quo fuerunt collecti, sunt, vt excedant duplo valorem aliorum annorum *Azorius loco quo supra*. Ratio est, quia, si pro aliquo anno colligantur ex prædio locato fructus consueti, qui tamē pro illo anno modici valoris sint, non est facienda remissio, quia locator ex vi contractus obligatur quidem ad proportionatus fructus, non tamen ad valorem eorundem, ergo etiam si colligantur consueti fructus pro aliquo anno, qui tamen in valore pro illo anno sint excedentes, non erit faciendum augmentum; Neque obstant ea, quæ superius dicta sunt *sub assert. 3. vers. tertia est*, quod scilicet, si colligantur fructus minores consueto, qui tamen ob penuriam sint valoris adæquantis consuetum, non sit facienda remissio, adeoque, quod si fructus fuerint cōsueti in quantitate, excedentes tamen in valore, sit faciendum augmentum; Non obstant, inquam, quia, vt ibi asserebamus, finis iurium concedentium remissionem est commiseratio conductoris, ne scilicet teneatur pensionem soluere sine fructuum emolumento, qui finis vtique cessat, quotiescunque defectus quantitatis fructuum suppletur per maiorem eorundem valorem, cæteroqui ex eorum penuria commodum resultaret in conductore, qui eximeretur ab onere soluendæ pensionis, & ex alio capite consequeretur tantum valorem, quantum consequeretur, si reciperet fructus consuetos; In hypothesi autem huius exceptionis nec potest esse motiuum commiserationis conductoris, nec contrarium eiusdem, scilicet aliquod ius diminutum locatoris, quandoquidem tale ius est ad ratam fructuum, qui percipiuntur, qui deindè siue crescant, siue decrescant in valore non conferunt maius ius, nec onus, cum hoc sit ex circunstantijs extrinsecis supposita iam separatione fructuum à solo; vndè comparatio fieri debet maioris valoris ad minorem respectu fructuum consuetorum collectorum, adeo vt siue hic crescat, siue decrescat semper eadem pensio sit soluenda, non autem ad minores fructus, quando hi tanti valoris sunt, quanti sunt consueti, cum cesset in hoc casu finis concessionis priuilegij nempè commiseratio conductoris, quod priuilegium, cum sit quodamodò discordans à natura contractus, & solummodò à iure positiuo, non est extendendum vltrà finem, ad quem est concessum.

Non tenetur ad augmentum pensionis cōductor, quando collecti sunt fructus consueti, sed in valore excedentes.

Dices, quando fructus sunt separati à solo cedunt quoad maiorem, vel minorem valorem conductori, quandoquidem pleno

iure

iure transeunt in eundem, vel ergo dicendum est, quod, si fuerint minores consueto, quantumuis excedant in pretio, seu valore, facienda sit remissio, vel quod, si fuerint æquales, seu consueti, sed excedant, vel diminuantur in valore, seu pretio faciendum sit augmentum, vel remissio pensionis. Sed contra, quia, quantumuis fructus separati cedant in plenum ius conductoris, cum tamen iura in remissionis priuilegium respiciant solummodò indemnitatem conductoris, non ex natura contractus, sed in commiserationem, quando hæc resultat ex iisdem fructibus, non est, cur locum habere debeant propter rationes, quas suprà adduximus.

Instantia proposita, & soluta.

PRÆNOTIO VII.

Ex quanam culpa teneatur tùm locator, tùm conductor.

SVMMARIVM.

Conductor tenetur ex dolo, lata, & leui culpa. 1.

Non potest eximi ab obligatione ex dolo etiam per pactum. 2.

Quandoque etiam tenetur ex culpa leuissima. 3.

Conductor quandoque tenetur ad custodiam rei, quandoque non. 4.

Æstimatio rei locata non obligat conductorem ad casus fortuitos, nec ad periculum rei. 5.

Conductor tenetur ex culpa propriorum famulorum, si non erant probi, secus si probi. 6.

Conductor ex culpa famulorum suorum improborum tenetur ex conducto, locator verò ex culpa suorum in rebus conductoris ex culpa noxali. 7.

Conductus ad aliquod opus, seu actionem, si ex propria imperitia res in deterius abeat, tenetur versus conductorem ad omnia damna, & intereße. 8.

Locator, qui rem vitiosam locauit, tenetur ex dolo, culpa lata, & leui, non tamen regulariter leuissima. 9.

In dubio, an res perierit ex culpa conductoris, an locatoris, quandoque pro vno, quandoque pro altero præsumitur. 10.

PLura diximus de culpa secundum se, secundum eiusdem diuisiones, & proprietates *tom. 3. sub tit. Contractus IX. de commodato, & deposito*, ad quæ vos remitto, ne hic repetam, quæ ibi fuerunt fusè explanata. Hic solum examinandum erit, quænam culpa, siue conductorem, siue locatorem obliget ad ea, quæ circa huiusmodi contractum damna obueniunt, seu obuenire possunt.

1 Assertio I. Conductor, si res sibi locata pereat, tenetur ex dolo, lata, & leui culpa. In hanc assertionem consentiunt omnes, tum Theologi, tum iuris interpretes.

Colligitur hęc assertio *ex l. si quis fundum §. si colonus prædiorum ff. locati, l. contractus ff. de reg. iur. l. si vt certo §. nunc videndum est ff. locati*, quandoquidem hic contractus est in vtriusque contrahentis vtilitatem; ex quo iuxta ibi dicta vnusquisque contrahens obligatur non solum ex dolo, sed etiam ex culpa lata, & leui.

Conductio est in vtriusque contrahentis vtilitatẽ.

Hic oritur difficultas, an per pactum expressum possit eximi conductor ab obligatione ex dolo. Communior est opinio negatiua. Ratio ex eo deducitur, quia huiusmodi pactum directè est contra bonos mores; pacta autem contra bonos mores ipso iure sunt irrita *l. si quis fundum §. si colonus prædiorum ff. locati l. sed de damno ff. eod.*

2 Pactum esset contra bonos mores.

Assertio II. Ex vi peculiaris locationis quandoque conductor tenetur ex culpa etiam leuissima, *Paulus de Castro in l. si merces §. qui columnam ff. locati, Aretinus in §. finali nu. 3. Instit. de locatione, Cagnolus in l. contractus n. 45. ff. de reg. iur., Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. cap. 7. qu. 3., Carocius part. 4. de tertio gradu accidentium de culpa qu. 2. n. 3., & seq.* 3

Probatur primò, ex *l. si merces §. qui columnam ff. locati*, vbi sic legitur. *Qui columnam trasportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ità id periculum præstat, si qua ipsius, quorumque, quorum opera vtitur culpa, acciderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque obseruaturus fuisset.* Ex quibus sic arguo. Tunc tantum culpa abest quoad effectum eximendi conductorem ab onere compensandi, si res locata perierit, quando conductor ea omnia præstitit, quæ diligentissimus quisque obseruaturus fuisset, ergo, si ea non præstitit, quæ diligentissimus præstiturus fuisset, erit culpa, quantum sufficit ad obligandum &c., sed hoc appellat culpam dumtaxat leuissimam, ergo &c.

Cura diligentissimi opponitur culpæ leuissimæ.

Dices illud verbum, *diligentissimus*, in allegato textu appositum intelligendum esse pro positiuo, quatenus idem sonat, ac *diligens*, vt notat *Glosa in l. merces §. qui columnam ff. locati*, nec nouum est crebrò in iure sumi superlatiuum pro positiuo, vt latè probat *Alciatus in l. proximas l. proximi l. illa verba l. in vulgari ff. de verb. signific.* Sed contra, quia verba non sunt deflectenda in impropriam significationẽ, quando sumpta in proprio, & formali sensu non ingerunt quid contra iura, nec contra naturam rei, de qua agitur, & circa quam versantur, maximè vbi viget aliqua ratio, ob quam præsumuntur apposita, quæ certè ratio viget in præsenti, dum loquimur de asportatione, in qua viget magnum periculum, & proindè conductus videtur obligari ad maximam diligentiã, quinimò

Maius periculũ exigit maiorem diligentiam.

Ange-

Angelus in summa verbo locatio nu. 23., Alciatus in l. magna negligentia ff. de verb. signif. Petrus Loriot. ad d. l. contractus col. n. 3. vers. 5. locatio ff. de reg. iur., Portius in §. fin. in princip. Instit. de loc., docent non solum in actu transportationis, in quo est periculum obligari conductorem ex culpa leuissima, propter eam rationem, quia, vbi interuenit maius periculum, ibi cautius est procedendum *c. vbi periculum de elect. lib. 6., Emanuel in suo thesaur. lit. C. num. 207.*, sed etiam in quacunque locatione rei exigentis secundum se exactissimam diligentiam.

Requiritur cura diligentissimi Patrisfamilias.

Probatur secundò, *ex §. qui pro vsu Instit. de locat.*, vbi sic legitur. *Qui pro vsu, aut vestimentorum, aut argenti, aut iumenti mercedem, aut dedit, aut promisit ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus Paterfamilias suis rebus adhibet*; sed Paterfamilias diligentissimus adhibet diligentiam maximam, cui opponitur culpa leuissima, ergo &c. Confirmatur vlteriùs *ex l. si quis fundum §. Celsus ff. locati*, vbi sic legitur. *Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid, poliendumue conduxerit culpam eum præstare debere, & quod imperitia peccauerit culpam esse, quippè, vt artifex conduxit*, qui textus maxime confirmat ampliationem, quam afferebant Doctores allegati *in* responsione ad immediatè antecedentem instantiam.

In aliquibus leuissima culpa habetur pro leui.

Probatur tertiò, ratione aliqua congruenti, cui innituntur allegata iura. Ratio ipsa naturæ exigit, vt qui operam suam locat ad tractandas res, quæ summam cautionem, singularemque industriam, & diligentiam exigunt, adhibeat in illa summam diligentiam, nam in rebus v.g., quæ de facili franguntur, leuissima etiam culpa pro leui habetur, ergo in ijs saltem tenebitur etiam ex leuissima culpa.

4 Assertio III. In aliquibus conductor tenetur ad custodiam rei conductæ, in aliquibus verò non tenetur, *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 7. q. 2.*

Quandoque custodia nõ distinguitur ab ipsa locatione.

Probatur quoad primam partem. In aliquibus ipsa rei custodia non distinguitur ab ipsa locatione, sed in eadem includitur, ergo in istis, qui rem illam conducit, obligat se ad illius custodiam. Antecedens probatur in eo, qui conducitur ad gregem pascendum, & custodiendum, & in eo, qui locat operas suas ad aliquid faciendum. Consequentia verò probatur, quia, qui se obligat ad aliquod opus, se obligat ad ea omnia, quæ ex natura sua connectuntur cum illo, sed quando custodia non distinguitur à locatione, seu conductione conductor se obligat ad opus, ergo ad custodiam etiam, quæ connectitur cum illo.

Probatur quoad secundam partem argumento è contrario sensu deducto. In multis custodia non includitur in locatione, ergo qui talem rem conducit ex ipsa natura rei non obligatur ad illius custodia. Antecedens probatur in eo, qui conducit horreum ad deponendum in ipso triticum, vel segetem; non enim ipse tenetur ad illud custodiendum contra hostium incursiones, aliqua extrinseca accidentia, seu infortunia. Consequentia verò probatur, quia, quando duo sunt ex natura sua diuisa, obligans se ad vnum ex genere suo non obligatur ad alterum, ergo &c. In hoc tamen casu huius secundæ partis conductor obligatur ex dolo, culpa lata *l. dominus horreum, & l. cum in plures §. rerum custodiam ff. locati*, quod multi etiam extendunt ad culpam leuem.

Casus, in quibus custodia non includitur in locatione.

Assertio IV. In locatione rei æstimatæ præcisè conductor non tenetur ex casibus fortuitis, nec ad periculum rei, sed æstimatio solum efficit, vt possit probari deterioratio in casu suo. *Albericus in l. si duobus §. nunc videndum ff. commodati, Barbat. cons. 19. col. fin., & cons. 12. col. penult. lib. 4., Soc. cons. 93. col. 4., Aretin. cons. 84. vol. 2.*

Instantia aduersus assertionẽ, eiusq; solutio.

Probatur, quia æstimatio secundum se non facit emptionem, cum non sit pretium pro re ipsa, sed pro eiusdem vsu successiuo ad tempus conuentum, ergo per eandem locatio non egreditur è puris terminis locationis, ergo nec debet induere diuersas conditiones ab illis, quæ sunt propriæ talis contractus. Neque dicas, quod, quamuis æstimatio in rigore non constituat emptionem, transferat tamen totum periculum in conductorem, cum æstimatio inducat generalem renuntiationem casuum fortuitorum, *Baldus in l. si pascenda n. 6. C. de pactis, & in l. 1. qu. 3. C. commodati, Socin. in tract. fallent. reg. 184. lit. E. in verb. æstimatio, Neuiza. in silua lib. 2. num. 72. limit. 5., Ioannes Lup. c. per vestras § 25. num. 5. de donat. inter vir., & uxor.*, vndè *Bartolus in l. cum fundus ff. locati*, statuit hanc regulam ad obligandum conductorem ad quoscunque casus fortuitos, vt æstimatio fiat de re locata, & conducta; contra enim impugnaberis; ex quo enim colligunt huiusmodi Doctores, quod ex illa æstimatione transfundantur casus fortuiti in conductorem? Certè huiusmodi æstimatio fieri potuit ad eum finem, & effectum, vt possit probari deterioratio in casu, quo teneatur ex quocunque capite rem secundum eundem valorem restituere. *Baldus in l. si pascenda C. de pactis Specul. in tit. de locat. §. 1. vers. æstimatio bouis, Iason in l. ex conuentione limit. 3. C. de pact., Ioann. Lupus in c. per vestras §. 25. n. 4. de donat. inter vir., & uxor.*

Assignatur specialis finis æstimationis.

Dices, æstimatio debet quid vlteriùs operari, quam simplex locatio, cæteroqui frustra apponeretur contra dispositionem iuris *in l. si quando ff. de legat. 1.*, sed conductor ex vi locationis præcisè obligatur de culpa leui, ergo ex vi æstimationis obligabitur de culpa leuissima, adeoque etiam ad casus

casus fortuitos, *l. si duobus §. nunc videndum, & ibi Bartolus n. 6., & Castrensis num. 7., & Angelus num. 5. ff. commodati*. Sed contra iam patet ex supra dictis, quid operetur illa æstimatio, nec est transfundenda ad alios fines, cum non extrahat locationem à suis terminis, & propria ratione formali; nec obesse potest textus *in l. quaro §. fin. ff. locat.*, vbi dicitur. *Seruus, qui æstimatus colonæ adscriptus est ad periculum colonæ pertinebit*; non, inquam, obesse potest, quia, vt bene notat *Glosa ibi verbo æstimatus*, erat specialis conuentio, vt colona transacto anno restitueret eius æstimationem, & sic quasi emisse videtur, vt *l. cum fundus ff. locati*.

Æstimatio non extrahit locationẽ à suis terminis.

5 Assertio V. Si damnum in re locata obuenerit ex culpa famulorum conductoris tenetur ipse conductor ad compensationem illorum, si famuli non erant probi, & tales, quos prudens Pater familias non reciperet, secus verò, si erant moribus, & vita probi, & tales, vt prudens Pater familias non reprobaret. Ità per extensum sustinet *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 7. q. 4.*

Probatur primò, *ex l. videamus ff. locati*, vbi expressè enuntiata in assertione continentur, vndè quoad primam partem eiusdem assertionis *Glosa ibi in verbo suo nomine*, asserit, quod electio mala est in culpa, *l. si seruus seruum §. proculus, & §. si fornicarius ff. ad leg. Aquil. & l. 3. §. fin. ff. si men. sal. mod. dix. l. nam, & seruus §. fin. ff. de neg. gest., & l. de illo ff. pro socio, & l. cum plures ff. eod.* Quibus iuribus accedit hæc ratio, quod quis in culpa dicitur, si non fecit, quod diligens faceret, sed diligens Pater familias non eligeret seruos non probos, vt per se patet, ergo &c., vndè meritò eadem Glosa asserit, quod conductor insolidum cum seruo teneatur iuxtà *cit. l. seruus seruum §. Proculus ff. ad leg. Aquil.*

Electio mala est in culpa.

Probatur secundò, quoad secundam partem, quia conductor nec est in culpa ratione electionis famulorum, nec in damnis illatis, ergo non est, cur teneatur proprio nomine erga locatorem quoad talia damna. Antecedens quoad primam partem patet, quia in tali electione supponitur id pṛæstitisse, quod præstaret prudens Pater familias; quoad secundam etiam sic euincitur, quia ipse per se talia damna non intulit; vndè respectu eiusdem illorum damnorum illatio computatur inter casus fortuitos.

Nec culpa est ratione electionis, nec ratione damni

7 Hic oritur difficultas, an, si serui conductoris damnum intulerint in re locata, & ipsi non fuerint probi, teneatur ipse conductor versus locatorem actione ex locato, & conducto, an verò actione noxali. Ratio dubitandi cõsurgit *ex l. si tibi domum ff. locati*, vbi dicitur. *Si tibi domum locauero, & serui mei tibi damnum dederint, vel furtum fecerint, non tenetur tibi ex conducto, sed actione noxali*, ex quibus etiam videtur inferri, quod, si serui conductoris in re locata damnum intulerint, actionem noxalem aduersus eundem esse intentandam propter paritatem rationis. Nihilominus ex diuersa iurium dispositione quoad vtrumque hunc casum, diuersimodè sentiendum existimo, scilicet teneri conductorem ex conducto inferentibus famulis per se electis damna in re locata, locatorem verò teneri actione noxali inferentibus proprijs famulis damna in rebus conductoris. Hæc iuris dispositio quoad primum casum expressè habetur *in d. l. videamus, ff. locati*, quoad secundum verò *in d. l. si tibi domum, ff. eod.* Ratio verò huius diuersæ dispositionis ex eo deducitur, quod læsio in primo casu fit in re locata, cui conseruandæ incumbit onus conductori, &, sicuti, si per se ipsum læderet, teneretur ex conducto, ita, si lædat per proprios famulos non probos ex eadem actione teneri dicendus est; in secundo casu læsio contingeret non in rebus, quæ cadunt sub locatione, ad quæ non se obligat locator, adeoque ex vi locationis ad ea non tenetur, sed solummodò ea ratione, qua obligatur ex actione famulorum in rebus alienis, circa quæ nullus est contractus. Hocque declarat, *Glosa in d. l. si tibi domum ff. locati*.

In primo casu læsio contingit in rebus locatis, nõ sic in secundo.

Assertio VI. Conductus ad aliquod opus, seu actionem, si ex propria imperitia res in deteriùs abeat, tenetur versus eum, qui se conduxit ad omnia damna, seu interesse. Hoc exemplificari potest in Iudicibus, Aduocatis, Medicis, Caprarijs, & similibus, *Baldus in c. 1. §. Iudices de pac. iur. fir., Iason in l. si quis id in quarto not. sub num. 31. ff. de iurisd. omn. Iud., Bartolus in l. quod noua num. 8. ff. depositi, Cinus in l. 1. qu. 11. ff. eod.* 8

Quoad Iudices clarè liquet *ex l. imperitia ff. de reg. iur. & l. 2. ff. quod quisque iur., & §. 1. Institut. de oblig., quæ ex quasi delicto*. Ratio est, quia imperitia in Iudice culpa est, quandoquidem ea scire tenetur, quæ spectant ad tale munus, ex culpa autem conductus tenetur, quinimmò *Baldus in c. 1. §. Iudices de pac. iur. firm.*, imperitiam computat pro dolo saltem præsumpto.

Ad hoc obligãtur Iudices.

Quoad Aduocatos expressè colligitur *ex d. l. 2. ff. quod quisque iur.*, adeò vt teneatur parti ad interesse ob imperitiam quoad patrocinium præstitum, quod idem colligitur, *ex l. filius ff. de iudicijs, & l. si Iudex, ff. de extraord. cognit.*, & ità sentiunt *Alberic. in l. 1. de aduoc. diuer. Iud., Speculator in tit. de Aduoc. §. fin. vers. quid si per imprudentiam Butrius in cap. ad aures de ætat., & qual.* & aduersus ipsos militat eadem ratio, quæ militat aduersus Iudices.

Item Aduocati.

Quoad Medicos expressè habetur *in l. illicitas §. sicut ff. de officio Præs. in l. si quis fundum §. Celsus ff. locati*; vndè tenetur infirmo, vel hæredi eius ad omnia damna, & interesse

Item Medici.

resse *Caßane. cons. 48.*, *Iulius Clarus in §. homicidium vers. item Medicus in fin.*; quinimmò non incongruè aliqui docent, quod Medicus teneatur ex maleficio, licet Iudex teneatur solum ex quasi maleficio, eam adducentes rationem, quod Iudex hoc præstiterit ex necessitate sui officij, Medicus autem voluntariè *l. munerum §. iudicandi, ff. de muner., & hon.*, *Bartolus in l. ex maleficijs §. si Iudex ff. de act., & oblig.*

Item Caprarij.

Quoad Caprarios tandem colligitur *ex l. si quis fundum §. Celsus ff. locati, Aret. in §. præterea in fin. institut. ad leg. Aquil.* Plura quoad istos caprarios scribit *Carocius tract. de locat., & conduct. part. 4. quæst. 3. de imperitia Caprarij ad l. si quis fundum §. Celsus, ff. locati*, quem absolutè tu consule. Difficultates circa ipsos aliquas ego attingam in disquisit.

Assertio VII. Locator, qui rem vitiosam
9 locauit, tenetur ex dolo, culpa lata, leui, non tamen regularitèr leuissima *Azor. inst. moral. part. 3. lib. 8. c. 7 q. 6.*, *Nauarrus c. 17. num. 196.*, *Siluester verb. locatio n. 18.*, *Bonacina disp. 3. q. 7. punct 2. prop. 1. num. 3.*

Locatio est in vtriusque vtilitatē.

Probatur ex ijs, quæ dicta sunt *tom 3. sub tit. Contractus IV. dum de commodato, & deposito* circa onera, quæ oriuntur ex culpa. Locatio ex ijs, quæ ibi dicta sunt, est ex illis contractibus, qui sunt in vtilitatem vtriusque contrahentis, sed in huiusmodi contractibus contrahentes obligantur dumtaxat ex dolo, culpa lata, & leui, non verò leuissima per ea, quæ ibi dicta sunt, ergo &c.

Nauta locans nauem non idoneam.

Ex quibus nonnulla in particulari ad hanc rem facientia fas erit deducere. Primò, quod si res locata pereat, seu deterioretur ex vitio in eadem latente, & non manifestato ex culpa leui eiusdem locatoris debeat omnia damna ipse locator resarcire *l. item quæritur §. 1. ff. locati*, quam valdè commendat *Ognate tract. 35. de locatione disp. 129. sect. 1. nu. 14.*, & exemplificat in eo, qui merces vehendas assumpserat in naui sibi locata non idonea.

Item locans rem obligatā, si euincatur.

Secundò, quod si res locata fuerit aliquo onere obstricta, & fuerit euicta propter idem onus, teneatur idem locator, vel efficere, vt euictor permittat conductori vsum eiusdem rei vsque ad tempus conuentum, vel aliam similem sublocare, vel pensionem pro rata temporis remittere *l. si quis domum ff. locati*, quem textum valdè commēdat *Azorius inst. mor. part. 3. lib. 8. sect. 7. q. 6.*

Item equum assuetū se in aquas proijcere.

Tertiò, quod, si quis equum assuetum se se in aquam dimittere alteri locauit ad merces transferendas non admonito conductore de vitio, teneatur ad restitutionem damni, quod indè passus est conductor, prout deductiuè ex allegatis iuribus docèt *Nauarrus cap. 17. num. 196.*, *Angelus verb. locatio §. 24.*, *Siluester verb. locatio num. 18.*

Quartò, quod, si quis locauerit fundum, & ob eiusdem delictum publicatus fuerit, & confiscatus, teneatur remittere pensionem pro eo tempore, quo fundus ille fuerit publicatus, si Fiscus stare nolit locationi per locatorem factæ. Hoc expresse habetur *in l. si fundus ff. locati*, vbi duo expressè dicuntur. Primum, quod quando quis alteri locauit rem aliquam, & conductor prohibetur ea frui, ita vt prohibentem non possit eludere locator, non teneatur locator quid aliud præstare, nisi pensionem pro rata remittere. Secundum quod, quando quis alteri locauerit rem, & cum possit idem locator prohibentem eludere, & non præstat, teneatur non solum mercedem remittere, sed obligetur etiam ad quantum interest conductori. *Azorius instit. mor. part. 3. lib 8. c. 7. quæst. 6.*, *Nauarrus in man. c. 17. n. 187.* iuxta textum *in l. si fundus ff. locati*.

Item locans fundum, qui ex ipsius delicto confiscetur.

Item locans vas vitiosum.

Quintò, quod, si quis vasa vitiosa alteri locauerit ad vinum, vel oleum reponendum, & vinum, & oleum indè effluxerit, & ignorans id præstiterit, non solum tenetur loquendo in foro exteriori pensionem remittere, sed etiam ad id, quod interest conductori, quod illa vasa non fuerint vitiosa *l. sed addes §. si quis dolia ff. locati*, vbi sic legitur. *Si quis dolia vitiosa ignarus locauerit, deindè vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia eius erit excusata.* Si verò pratum pascuum locauerit, in quo herba noxia nata est, tunc pensionem solummodò remittat, si fuerit ignorans illius infectionis, ob quam animalia mortua sunt, vel facta deteriora; si verò fuerit sciens, & remissionem pensionis faciet, & damna omnia reparabit. Hoc expressè in iure habetur *in d. l. sed addes §. si quis dolia ff. locati*. Si autem ex hac varia dispositione inquiras, cur locans vasa vitiosa ignorans teneatur ad quantum interest conductori, quod non fuerint vitiosa, locans verò saltum pascuum vitiosum, ex quo damna maxima in armentis pullularunt, non teneatur ad quantum interest, sed tantum ad remissionem pensionis, asserendum erit diuersimodè iura statuisse, quia faciliùs præsumitur ignorantia quoad pascua vitiosa, quam quoad vasa infecta. Non negauerim tamen saltem in foro interno, quod, si locans vasa vitiosa verè fuerit ignorans, eximatur ab onere compensandi damna indè prouenientia, quæ tamen ignorantia in foro externo vix præsumitur.

Discrimen inter vasa vitiosa, & pascuū vitiosum.

Sextò, quod, si quis locauerit domum alienam sciens propriè alienam, quæ postea per verum Dominum fuerit euicta, teneatur versus conductorem ad compensationem damni emergentis, & lucri cessantis, si verò fuerit ignorans, & bona fide locauerit, solummodò ad remissionem pensionis. Hæc omnia clarè habentur *in l. si fundus §. locati*, nec incongrua sanè ratione, quan-

Locans sciēs rem alienam tenetur ad compensationē damnorum.

quandoquidem locans cum scientia est iniusta causa talis damni emergentis, & lucri cessantis, locans verò cum ignorantia non est causa iniusta, cum bona fides ipsum eximat a culpa.

Assertio VIII. In controuersia, an res locata perierit ex culpa conductoris, nec ne, onus probandi, quod perierit sine culpa eiusdem quandoque spectat ad ipsum conductorem, quandoque ad locatorem, quod perierit ex culpa ipsius. In hanc assertionem propendent *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 7. q. 5., Siluester verb. locatio qu. 19.*

Ratio faciens præsumptionem contra conductorē. Probatur primò, quia, vt supra innuimus in aliquibus ipsa rei custodia includitur in ipsa locatione, in aliquibus non includitur, sed, quando custodia non distinguitur à locatione, onus probandi spectat ad ipsum custodem, seu conductorem, ad quem spectat ex vi proprij muneris ipsa rei custodia *l. si quis fundum §. Imperator ff. locati*, quia culpa contra eum præsumitur *l. eum, qui § fin. ff. commodati*, neque obesse potest, si dicatur, quod qui culpam dicit, eam probare debeat *l. quoties §. qui dolo ff. de probat.*, *& l. cum ità § species ff. de legat. 2.*, non, inquam, obesse potest, quia, vt benè notat *Glosa in d. l. si quis fundum verbo probari potest*, in ijs, in quibus custodia ex vi proprij muneris ad aliquem spectat, alius sufficientèr probare dicitur eo ipso, quod non probatur contrarium iuxta textum *in l. fin. C. qui min. non pos. l. si quis ex argentarijs §. penult. in fin. ff. de eden.*

Ratio faciens præsumptionem contra locatorem. Probatur secundò quoad secundum partem ex eo, quod, cum ex vi conductionis eidem non incumbat onus custodiendi, nec videtur onus incumbere probandi; vndè est præsumptio, quod res perierit casu fortuito, aut naturali rerum cursu. Vlteriùs non immoror, quia de hoc erit alibi sermo vberior.

PRÆNOTIO VIII.

De quibusdam pactis, quæ quandoque inter locatorem, & conductorem habentur.

SVMMARIVM.

Enumerantur capita dubitationum. 1.
Licita est locatio, qua emptor rei locatæ, quousque pretium pro emptione eiusdem soluit, habeat rem emptam pro conducta, & soluat pensionem pro eadem. 2.
Pactum, quo obligatur conductor ad rei periculum in quocunque euentu, potest esse licitum, si debitæ seruentur conditiones. 3.
Conductor obligans se ad rei periculum non obligat se ad casus fortuitos. 4.
Conductor obligans se ad casus fortuitos non obligatur ex casu fortuito proueniente ex culpa locatoris. 5.
Nec si proueniat ex facto alterius iniusto, quod locator potuit auertere. 6.
Pactum, quo conductor obligetur ad restituendam rem conductam secundum omnes qualitates, quas habet tempore conductionis, potest esse licitum, si diminuatur de mercede ratione deteriorationis ex vsu. 7.
Pactum, quo ratione periculi, quod timetur ex abusu rei locatæ, obligetur conductor ad quid aliud persoluendum vltrà mercedem, potest esse licitum. 8.
Illicitum est pactum, quo conductor equi obligatur ad restituendum in fine locationis alium equum in eadem ætate, nisi diminuatur de iusta mercede ad proportionem illius oneris. 9.
Illicitum item est pactum, quo conductor ouium, & caprarum ad stercorandum, & percipiendum lac vltrà pensionem obligatur ad restituendas tot oues, quot accepit, nisi ratione illius oneris fuerit pensio diminuta. 10.

NOn erit hic sermo de pactis, quæ pertinent ad ipsam substantiam contractus, quandoquidem de ijs erit disputatio, dum de causa formali locationis, sed dumtaxat de quibusdam, de quibus esse potest controuersia, an sint præter, vel contra naturam contractus, an vitient ipsum contractum, an verò vitientur.

Vt igitur ad singula, & controuertibilia capita titulum restringamus. Primus articulus erit, an subsistat locatio in ea suppositione, qua quis vendidit fundum aliquē expectata solutione ad certum, vel incertum tempus ea conditione, vt, quousque emptor pretium integrè soluerit, eundem fundum habeat pro conducto. Secundus, an subsistat locatio cum pacto, vt res locata stet periculo conductoris in quemcunque euentum. Tertius, an subsistat locatio eo pacto, & conditione, vt res locata reddatur locatori secundum eas qualitates, & valorem, quibus fuit tradita. Quartus, an teneat locatio, secundum quam locator probabilitèr coniectans conductorem re sine debita cautela, & diligentia vsurum, paciscitur cum eo, vt præter mercedem soluat certam pecuniæ quantitatem ratione periculi, cui timet subesse. Quintus, an sit licitum pactū, quo quis locat alteri suum iumentum certa mercede eo adiecto onere, vt reddat aliud iumentum, seu bouem in ea ætate, in qua nunc est bos, quem locat. Sextus, an in locatione subsistat pactum, quo quis locat suas oues, & capras ad stercorandum agrum, & ad percipiendum lac, vel butirum cum eo onere, & conditione, vt conductor soluat certam, & conuentam pensionem, & vlterius teneatur integrum numerum ouium, & caprarum sibi restituere, substituendo tot oues, vel ex

1 Varij articuli in hac prænotione examinandi.

illis, quæ ex ouibus locatis nascentur, vel alijs, quot fuerint mortuæ, vel deperditæ, & his similia.

2 Assertio I. Non est improbanda locatio, qua emptor rei locatæ, quousque pretium pro emptione eiusdem rei debitum soluerit, habeat rem emptam pro conducta, & soluat pensionem eiusdem locationis, *Azorius institut. mor. part. 3. lib. 8. c. 11. qu. 6., vers. pactum*.

Iura euincentia assertionem. Hæc assertio primò vim habet *in l. sicut emptio ff. locati*, vbi sic legitur. *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium exsoluat*. Quod idem, & clarius repetitur *in l. immediatè sequenti*. Ibi *Cum venderem fundum conuenit, vt donec pecunia omnis persolueretur certa mercede emptor fundum conductum haberet, an soluta pecunia merces accepta fieri debeat. Respondi bona fides exigit, vt, quod conuenit, fiat, sed non amplius præstat is venditori, quam pro ratione eius temporis, quo pecunia numerata non est*. Hæc ferè ad verbum pro sua probatione refert *Azorius loc. cit.*

Nullũ est caput, ex quo oriri possit iniustitia. Probatur iam secundò ratione. Nulla est ratio, nullaque conditio, ob quam improbari possit huiusmodi contractus locationis, ergo non est, cur non debeat subsistere. Antecedens probatur. Ratio improbans non potest esse ratio emptionis, & venditionis præcedentis, quandoquidem stare potest venditio ea conditione, vt res vendita non conferatur emptori ad plenum vsum rei, nisi post pretium perfectè persolutum, cum possit venditor nolle se priuare fructibus rei, nisi postquam habeat liberum vsum pecuniæ sibi debitæ, eiusdemque plenum dominium, ergo pro illo tempore, pro quo gaudet pleno vsu rei, potest eundem vsum locare suo emptori, & ratione eiusdem exigere congruas pensiones. Neque obesse potest, si asseratur, contractum emptionis, & venditionis perfici solo consensu, quo posito res quoad dominium transfertur in ipsum emptorem, & per consequens non posse stare locationem, cum de ratione eiusdem sit, quod res locata quoad dominium remaneat penes locatorem, & solummodò vsus transferatur in conductorem; Non, inquam, obesse potest, quia, quamuis contractus emptionis, & venditionis solo consensu perficiatur, quantum ad effectum, vt ex illo oriantur actiones actiuæ, & passiuæ, dominium tamen non transfertur, nisi per traditionem rei cum pleno iure, & sub illis conditionibus, sub quibus initus est contractus. Cum igitur inter contrahentes conuenerit, quod res non transferatur, nisi soluto completè pretio; hinc est, quod pro tempore antecedente ad solutionem pretij res adhuc remaneat penes ipsum venditorem, qui propterea

Emptio nõ inducit acquisitionem dominij, nisi per traditionem rei.

potest illam pro illo tempore locare, nec pro illo tempore, quo emptori locatur, cõsolidatur in eodem vsus cum dominio directo, cum hoc in illum non transeat, nisi persoluto pretio. Secundò ratio improbans non potest esse merces conuenta, quandoquidem hæc correspondet vsui rei pro illo tempore ante solutionem pretij, pro quo ille vsus non erat debitus emptori, &, sicuti venditor pro illo tempore in fauorem emptoris priuatur fructibus rei locatæ, ità non incongruè potest per mercedem exigere compensationem illorum, cum hæc sit ad æqualitatem dati ad acceptum.

Merces conuenta correspõdet vsui rei locata

Assertio II. Pactum, quo obligatur conductor ad rei periculum in quocunq; euentu potest esse licitum, si debitæ seruentur conditiones. Ità *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 11. q. 7.* aduersus *Sotum de instit. qu. 9. art. 2. ad tertium*, aliosque nonnullos existimantes per illud pactum locationem transire in venditionem. 3

Pactum est præter naturam locationis, non contra. Probatur primò ex ijs, quæ diximus *tom. 3. sub tit. Contractus IX. de commodato, & deposito*, vbi huiusmodi pactum seruatis debitis conditionibus non improbauimus; item ex ijs, quæ diximus *tom. primo sub tit. Contractus 3. de mutuo, & vsuris Disqu. 6. §. 8. num. 7.*, vbi contractum assecurationis non oppositum, sed disparatum cum contractu societatis asseruimus, & posse simul coniungi.

Probatur secundò *ex c. 1. de commodato*. Ibi *Licet casus fortuitos (nisi acciderit culpa sua, vel interuenerit pactum) sibi non debeat imputari*, ergo, si culpa interuenerit, seu pactum, imputabitur. Item *ex c. bona fide de deposito*. Ibi *pacto verò, culpa, vel mora præcedentibus casus etiam fortuitus imputatur*. Ratio autem horum omnium ea est, quia tale pactum non est contra, sed præter naturam contractus, & sicuti non vitiat contractum depositi, commodati, & societatis, ita nec vitiare posse videtur contractum locati.

Cõditiones requisitæ, vt tale pactum sit licitum. Dixi, *si debita seruentur conditiones*, quarum præcipua est, vt tantum dematur de consueta mercede, quantum importat illud onus, quod conductor assumit, periculi in se ipso ad quoscunque euentus, sine quo certè esset illicita locatio, quia maius onus subiret conductor, quàm exigeret contractus secundum se, nullaque esset compensatio illius oneris. Recole, quæ diximus in simili materia de commodato, deposito, & de societate.

Hic pro clariori huius assertionis notitia examinandum occurrit, an, si conductor susceperit periculum in se ipso rei locatæ sub generalitate cuiuscunque periculi, intelligatur etiam suscepisse casus fortuitos. Iura, & rationes pro vtraque parte refert *Carocius tract. de locat., & conducto part. 4.*
de

de casibus qu.1.fol.164. per totum, & tandem adhæret parti negatiuæ, cui etiam adhærendum ego existimo *Glosa in l. iuris gentium §. item, si quis ff. de pact. Ripa de priuil. contract. pest. n.73., & 74., & in l.sed si quis §. quæsitum ff. si quis caut.*, *Decius cons 473. n.7., Cephalus cons.20. nu.10.* Ratio esse potest, quia casus fortuitus non venit appellatione periculi *Glosa in l.opus ff.locati Lud. Pon. in sing. verb. periculum*; vndè in specie in hac materia depositi textus *in l.1. §.sæpè vers.sed & si quis ff. depositi* expreisè habet. *Sed & si quis se deposito obtulit idem Iulianus scribit periculo se depositi all gasse, ità tamen, vt non solum dolum, sed etiam culpam, & custodiam præstet, non autem casus fortuitos.* Hoc idem expresè habetur in textu *in l. quæ fortuitis C.de pignor. act., & in l. licet §. 1. ff. de negot. gest.* Neque obesse potest textus *in l. item quæritur §. si gemma ff. locati*, vbi dicitur, quod artifex suscipiendo in se periculum, teneatur de vitio materię, adeoque de casu fortuito; Non, inquam, obesse potest, quia hic est specialis casus, in quo artifex ex vi proprij muneris tenetur ex culpa etiam leuissima per ea, quæ supra dicta sunt, quod non militat in vniuersum in materia locati, secundum quam conductor non obligatur, nisi ex culpa leui, cum hic contractus ex genere suo fit ex illis, qui sunt in vtriusque contrahentis vtilitatem; cum igitur artifex ex vi proprij muneris obligetur etiam ex culpa leuissima assumēdo ex vi pacti quodcunque periculum, vtique obligari dicendus est ad quid vlteriùs, adeoque etiam ad casus fortuitos, cæteroqui illud pactum nihil operaretur. Quamobrem, cum dicitur, quod casus fortuitus nō veniat appellatione periculi, intelligendum est cum limitatione, nisi tale verbum nihil operaretur, quia tunc comprehendit etiam casum fortuitum iuxtà alleg. textum *in l. item quæritur § si gemma ff. locati*; atque ita tenent scribentes *in l.sed, & si quis §. quæsitum ff. si quis cautionibus.* Cōfirmari etiam potest ex eo, quod in multorum sententia obligans se ex casibus fortuitis in genere nō intelligitur se obligare ad casus fortuitos insolitos *l. fistulas §. fin. cum glos. in verbo immoderatè ff. de contrahen. empt., Bartolus in l.Seio §. Medico ff. de annuis leg., Antonius de Butr. in c. 1. de commodato*, ergo etiam se obligans ad periculum non intelligitur obligari ad casus fortuitos. Consequentia tenet, quia magis affinis est casibus fortuitis casus insolitus, & casus fortuitus periculo.

Casus fortuitus nō venit appellatione periculi.

4 Obligans se ad casus fortuitos in genere non obligatur ad insolitos.

Soluenda hic essent argumenta, quæ aduersus assertionem congerit *Sotus d. q. 9. de iustitia art.2.* Sed quia de ijs latè dictum est *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris disq.6.§.8. n.6.* ad ea vos remitto, & *ad Nauarr. in comment. de vsur. n.35. & seqq.*

Ex ijs omnibus habes, quod, si conductor per pactum expressum se obligauerit non solum ad quodcunq; periculum, sed etiam ad quoscunque casus fortuitos etiam insolitos, vtique quoad illos obligetur, quia huiusmodi pactum non est contra substantiam contractus, sed præter illam, quam propterea non vitiat, si tamen proportionalitèr dimminuatur de mercede, quantum scilicet importat maius illud onus, quod assumit; si enim non repugnat, quod se obliget ad periculum propter mercedis diminutionem, nec videtur repugnare, si se obliget ad quoscunque casus facta maiori mercedis dimminutione.

Nisi se obligauerit ad casus fortuitos etiam insolitos.

Hic etiam examinandum occurrit, an, si conductor per pactum se obligauerit ad quoscunque casus, intelligatur etiam obligatus, si casus obuenerit ex culpa locatoris; vel forte etiam ex alterius culpa, cui locator obuiare potuit, & noluit obuiare. 5

Ad primum respondendum existimo, conductorem non obligari ex casu fortuito obueniente ob culpam locatoris *Romanus sing.135. ad l.cum proponas C.de Nautico fœnore Iason in l.1 col.1. vers. confirmatur C. de instit., & substit. Dec. in cap. ex parte 2. fallent. 32. de offic. deleg. Aret. cons.101. in fin. Anchar. cons.414., Alexander cons.84. lib.6. Ioannes de Anan. cons.74. col.3., Crauet. cons. 95. num.8. vol.1.* Ratio autem huius responsionis potissimum deducitur *ex l. non debet ff. de reg. iur., & ex reg. sine culpa de reg. iuris in 6.*, vbi dicitur, quod nemo debeat odio alterius pergrauari; hoc idem dicitur *in l. cum proponas C. de nautico fœnore*, vbi dicitur, quod, qui suscipit in se periculum nauigationis, intelligitur in se suscipere periculum fortunæ, non culpæ debitoris. Item *in l. qui officij §. fin. ff. de contrah. empt.* Ex quibus iuribus congruentèr docuit *Caballinus de eo, quod interest n.189.*, quod, si inimici locatoris deuastauerint tempore metendi granum iam exsiccatum in præiudicium colonorum, qui operas suas impenderunt in arando, colendo &c. damnum non debeat cedere eisdem colonis. Nec audiendi sunt, qui ducti ex textu *in l. quid, ergo § si hæres ff. de leg. 1., & ex l. qui seruum in princip. de verb. oblig.* docent culpam locatoris non eximere conductorem ab onere periculi, & casuum fortuitorum, quando verbis prægnantibus ad hæc se obligauit; Non, inquam, audiendi sunt, quandoquidem *in d. l. quid ergo §. si hæres ff. de leg. 1.*, potius oppositum euincitur, vt legenti fit manifestum, *in l. verò, qui seruum ff. de verb. oblig.* solum dicitur, quod, si debitor occidit seruum debitum ex iusta causa est, ac si alius occidisset sine sua culpa, vel dolo, quod nihil euincit contra nos.

Ad secundum respondendum est, quod si ex facto alterius iniusto periculum immineat conductori, quod locator possit auertere, 6

Non impedire est quodamodo facere.

tere, & non auertit, eximatur conductor ab onere casus fortuiti, quantumuis ad eundem se obligauerit. Ratio ex eo deduci potest, quia pendere factum à voluntate locatoris, & prohibere posse in personam tertij facientis paria sunt, sed quando factum pendet à voluntate locatoris per superius notata conductor eximitur &c. ergo etiam quando pendet à voluntate alterius, quem locator potest impedire, & non impedit, eximetur &c.

7 Assertio III. Non est improbandum pactum, quo locator obliget conductorem ad restituendam rem locatam secundum easdem qualitates, & valorem, secundum quas, & secundum quem fuit locata, si tantum diminuat de mercede, quantum est periculum deteriorationis rei ex vsu, alijsque futuris accidentibus, quæ possunt imminere sine culpa eiusdem conductoris *Medina in sua instruct. Confes. lib. 1. c. 4. § 27., Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 12. q. 1. vers. quæstionis verò dubiæ est*.

Probatur primò, quia seruatis debitis conditionibus non est illicitum pactum, quo conductor obligetur ad quodcunque periculum, & casum fortuitum in ordine ad substantiam rei locatæ per ea, quæ diximus in præcedenti assertione, ergo eisdem seruatis non erit illicitum pactum, quo idem conductor obligetur ad quodcunque periculum, & casum in ordine ad qualitatem, & valorem rei. Consequentia probatur, quia non minus non est contra substantiam contractus pactum de re conseruanda, ac sit pactum de eadem conseruanda secundum easdem qualitates, & valorem; Neque dicas, quod ex ipso vsu rei regularitèr sequatur atritio, & dimminutio, adeoque, quod sit contra naturam contractus pactum de illa re conseruanda secundum easdem qualitates, secundum quas fuit tradita; contra enim impugnaberis, quia certè dubitandum non est, quin ipse conductor se obligando ad restitutionem rei locatæ secundum easdem qualitates, & valorem, secundum quas fuit tradita, assumat onus secundum se pretio æstimabile, & supra id, quod exigit ipsa natura conductionis; si tamen illud onus compensetur per mercedis diminutionem, vel per quid aliud ad æqualitatem pretio æstimabile, non erit, cur contractus ipse vitiosus constituatur; pro cuius rei claritate sciendum est, in tali cõtractu cum tali pacto duplicem quodamodo contractum virtualitèr interuenire; alter locationis, secundum quem res traditur pro certa mercede cũ quibuscunque periculis, quibus ipsa res locata subiacere debet ex natura rei in vsu eiusdem rei, cum talia pericula sint quodamodo inseparabilia ab ipso vsu; alter, quo illa damna in qualitate, & valore rei commutantur cum

Pactum istud non aduersatur substantia cõtractus

Tollitur Inæqualitas per compensationem

Duplex cõtractus interuenit, & qualis.

diminutionẽ mercedis ad æqualitatem eorundem damnorum, quæ timentur, quę certè commutatio non est illicita; cum illud onus, quod assumit conductor præter naturam contractus locationis præscindendo etiam ab eadem sit secundum se pretio æstimabile, & compensabile.

Probatur secundò, quia res locata, vel vsu ipso ex genere suo minuitur, & atteritur, vel talis est, vt ex vsu non diminuatur, nec atteratur secundum regularem vsum, ad quem conceditur; si hoc secundum afferatur, per illud pactum nouum onus non imponitur conductori, ad quod ex genere suo non obligetur; si primum dicatur; quid vetat fieri illam commutationem, de qua supra in præcedenti responsione? Si verò dicatur, rem non diminui secundum qualitates intrinsecas, & naturales, sed tantum secundum extrinsecam æstimationem, seu valorem ex vsu fori, quatenus tempore locationis tanti valuerit, & postea tempore restitutionis minori in pretio habeatur; tunc etiam tale pactum non erit illicitum, si æquale sit dubium diminutionis, & spes augmenti, & tunc saluatur æqualitas ratione ludi fortunæ aleæ; si verò sit maius periculum dimminutionis, tunc dimminuta mercede fiet æqualis conditio.

Vsus cõpensatur per diminutionẽ mercedis.

Assertio IV. Non est illicitum pactum, quo locator rationabilitèr timens conductorem sine debitis cautelis, & diligentijs vsurum re locata exigit vltra consuetam mercedem certam pecuniæ quantitatem ratione periculi, cui subesse timet ex abusu rem locatam, *Medina de reb. restituend. qu. 38. in tertia causa* aduersus *Azorium instit. mor. par. 3. lib. 8. c. 12. qu. 1. vers. quid verò sentiendum*, & maximè consonat cum his, quæ nos docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus 3. de mutuo, & vsuris disq. 6. §. 3.* 8

Probatur, periculum deteriorationis rei, si sit rationabile, est secundum se pretio æstimabile, & compensabile sup a id, quod exigit pensio locationis, quantumuis ipsa deterioratio in effectu postea non sequatur, ergo conuenire de certa pecuniæ quantitate ratione eiusdem periculi supra consuetam mercedem locationis non est illicitum. Antecedens secundum se patet, quia inter cætera cohonestantia exigentiam alicuius lucri in mutuo supra sortem est periculum eiusdem sortis per ea, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris prænot. 13. assert. 3.*, ergo &c. Confirmatur, quia spes proxima, & rationabilis alicuius lucri est secundum se pretio æstimabilis, nec iniquum est pro illa conuenire de certo pretio, quod debeatur, etiam si effectus illius spei non sequatur, vt patet in venditione spei piscium piscandorum per vnitum iactum retis *l. iactum retis, ff. de act. empt.*, ergo etiam proximum, & rationabile

Periculũ deteriorationis est secundum se pretio æstimabile.

Sicuti etiá spes proxima, & rationabilis.

bile periculum deteriorationis rei erit secundum se pretio æstimabile, nec iniquum erit pro illo de certo pretio conuenire.

Pretium debet taxari ad verisimilitudinē damni, quod timetur.

Aduerte hic tamen, quod ad hoc, vt sit licita illa conuentio, debeat pretium illud, de quo est conuentio, esse taxatum ad verisimilitudinem damni, quod timetur, non ad æqualitatem damni secundum se, cum certè sit quid magis damnum ipsum, ac sit periculum eiusdem. Secundò, quod illud periculum debeat esse probabile, & rationabile, non merè imaginarium. Tertiò, vt deducatur in pactum initio contractus. *Toletus lib. 4. instit. Sacerd. c.32. nu.3. vers. vno modo, Nauarrus in comment. de vsuris not. 15. n. 42.*

Dices, potest conductor nolle subiacere illi periculo, seu oneri alicui ratione eiusdem, sed tantum damno reali, si quod euenerit, ac proindè non potest per locatorem ad illud onus periculi licitè obligari ea proportionali ratione, qua diximus *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsur. disq. 6. §. 4.* non posse mutuantem sine labe vsuræ obligare mutuatarium ad soluendam certam pecuniæ quantitatem pro periculo sortis, si mutuatarius ipse sit dispositus ad reparandū damnum, si obuenerit, ergo &c.

Proueniret illa obligatio ex cōsensu cōtrahentium.

Sed cōtra, quia nulla est repugnantia, quin consensu partium possit fieri cōmutatio iuris ad compensationem damnorū realium, si obuenerint, quod videtur quodamodo incertum cum iure certo commutari ad compensationem in certa diminuta quantitate ratione periculi, quod timetur, ea proportionali ratione, quo diximus, dum de triplici contractu *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris disq. 6. §. 8. n. 11.*, ius incertum ad aliquod lucrum posse commutari cum iure certo ad determinatum lucrum, dummodò tamen hoc sit quid minus ad ratam maioris, vel minoris spei, adeò vt, si sperentur decem lucri ratione incertitudinis reducantur ad sex v.g. certa. Hoc etiam confirmari potest ex eo, quod facta illa conuentione, si damna in re locata euenerint, & etiam maiora, ac sit illud pretium conuentum pro periculo non habet locator ius, nisi ad illud conuentum ratione periculi, nec conductor onus, nisi ad illud conferendum, sicque, si ius aliquod locator ex illa conuentione acquirit, se subijcit etiam maiori oneri non exigendi compensationem maiorum damnorum, si fortè obuenerint. Ad illud, quod afferebatur de mutuatario pro obligatione eidem inducta soluendi aliquid pro periculo damni, etiam si hic velit periculum in se assumere, dicendum est, ea optimè ibi verificari, quia procedebant ex vi mutui formalitèr, & ad illam obligationem supponebatur mutuatarius inuoluntarius mixtè. Hic autem consideratur res secundum se præcisè in ordine ad duplicem quodamodo contractum virtualem, alterum locationis, quo res traditur præcisè vtenda pro certa mercede, alterum permutationis, quo ius incertum commutatur cum iure certo, ad quem vtrumque supponitur conductor liberè concurrere. Deindè in mutuo non liberum est mutuanti conditiones aggrauantes supra id, quod exigit natura eiusdem mutui, apponere, cum ipse contractus ex genere suo debeat esse gratuitus omninò; in locatione autem liberum est locatori apponere eas conditiones, quæ non sunt contra naturam contractus, licet sint præter illam, quia contractus ipse ex genere suo est onerosus.

Dispar ratio de mutuo, ac de cōtractu locationis.

Assertio V. Est illicitum pactum secundum se consideratum, quo locator ex vi locationis præcisè locat alteri suum iumentum pro certa mercede eo adiecto conductori onere, vt in dissolutione locationis teneatur aliud iumentum in eadem ætate, qua prius fuerat sibi traditum, restituere; potest tamen cohonestari, si seruatis debitis conditionibus tantum diminuatur de iusta mercede, quantum importat illud onus, quod assumit conductor restituendi iumentum alterum in eadem ætate. Ita quoad primam partem *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 12. qu. 2.* Quoad secundam consonat ijs, quę nos commendauimus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. Disquis. 4. §. 2. per totum*, & consentit *Lugus de iust., & iure disp. 29. sect. 5. nu. 73., Siluester vers. societas 3. in fin. 7. qu.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod illud pactum inducit onus conductori pretio æstimabile supra id, quod exigit natura contractus, ergo, nisi aliundè compensetur, erit secundum se illicitum. Antecedens probatur, quia illud pactum vltra mercedem conuentam, & consuetam inducit onus restituendi aliud iumentum simile in ætate, alijsque qualitatibus, & renouandi maiori impendio in fauorem locatoris iumentum locatum, quod ex ipsa rerum vicissitudine, & ex natura sua quoad ætatem deterioratur, quod certè est quid pretio æstimabile; Neque arbitrandum est, hoc onus consurgere ex ipsa natura contractus, quandoquidem ex vsu rei traditæ in locationem illa deterioratio consequitur, quam propterea conductor tenetur compensare. Non, inquam, arbitrandum, nam pro ipso vsu rei persoluitur pensio conuenta; quod, deindè res locata in ętate, alijsque qualitatibus deterioretur, consequitur ex ipsa rei natura, ad quam conductor non potest obligari, cùm æquè in ætate deterioraretur, siue permaneret penes locatorem, siue penes conductorem.

Illud onus restituendi alium æquum similem in ætate est pretio æstimabile.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod nulla in eo pacto stantibus illis conditionibus appareat iniustitia, nullaque turpi-

turpitudo, quandoquidem, si conductor assumit illud onus renouandi post terminum locationis animal locatum, compensatur ad æqualitatem per illam mercedis dimminutionem, quam vtique non haberet, nisi oneri subiaceret.

Dices; iniustitiam, seu potius vsurariam prauitatem in eo relucere, quod, cum transferatur onus in conductorem substituendi aliud iumentum similis ætatis, videatur contractus egredi è terminis simplicis locationis, de cuius ratione est, quod eadem res debeat restitui, cum dominium semper remaneat penes locatorem, & transire in naturam mutui; quod propterea pensiones, quæ exiguntur, reddunt vsurarium. Sed contra, quia, vt benè asserebamus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. disq 4. §. 2. nu. 4. vers. dices secundo* ex eo, quod transferatur per actum onus in conductore substituendi aliud animal similis ætatis, non sequitur, quod contractus ille transeat in mutuum, cum ad istius rationem non sufficiat, quod debeat alia res similis reddi, sed debet ipsa res mutuata ipso iure transire in mutuatarium quoad plenum ius, & dominium, quod non euenit in hypothesi præsentis assertionis, quandoquidem iumentum locatum remanet in dominio locatoris, cum dependentèr ab illo exigat pensiones, cæteroqui illas exigeret ex re non sua, quod est iniquum. Dicere deindè, quod in locatione res eadem est restituenda locatori, cum remaneat penes ipsius dominium, hoc verificatur dumtaxat in suppositione, secundum quam ex partium conuentione non sit alia substituenda, quæ immediatè transeat in dominium eiusdem locatoris, deindè remanet quousque non est restituenda, & perseuerat, cum deindè est restituenda ex vi pacti præcedentis fit quodamodo alius contractus innominatus secundum quem primum iumentum commutatur cum alio, quod, cum sit maioris valoris reducitur ad æqualitatem ex eo, quod locator cedat ius, quod habebat ad maiorem mercedem pro tempore successiuo locationis. Ad hæc omnia confirmanda recolenda sunt, quæ dicta fuerunt *tom. 3. loc. cit.* Deindè ex eo, quod conductor assumit in se quodcunque periculum non transit contractus à natura locationis in alium contractum, quantumuis eueniente rei interitu sit alia res restituenda, ergo &c.

Illa equus nō transiret pleno iure in conductorem.

In restitutione fit quodamodo alius contractus.

10 Assertio VI. Videtur omninò illicitum pactum, quo quis locat suas oues, & capras ad stercorandum præcisè agrum, & ad percipiendum lac, vel butirū præcisè pro onere certæ pensionis ea adiecta conditione, & onere, vt conductor teneatur integrum numerum ouium, seu caprarum sibi locatarum restituere, nisi pensio tanti fuerit diminuta, vt compenset illud onus, quod assumpsit ipse conductor illius integræ restitutionis, vel aliundè locator illud compenset. Sic expresè sentit *Azorius instit. mor. par. 3. lib. 8. c. 12. q. 3.*

Dixi, *præcisè ad stercorandum agrum, & percipiendum lac, & butirum*; nam si concederentur oues, vel capræ, titulo societatis eo pacto, vt quot perierint, tot semper ex communibus fœtibus subrogentur, certè tale pactum non esset iniquum seruatis debitis conditionibus per ea, quæ docuimus, *tertio tom. sub tit. Contractus VII. Disq. IV. §. 5. num. 4.*, vel etiam si concederentur titulo locationis etiam ad vsum percipiendi fructus ex eisdem, si tamen tantū fuerit dimminutum de pensione, quantum attentis illis fructibus, qui indè sperari rationabilitèr possunt, sat esset ad satisfaciendum illi oneri subrogandi totidem oues, vel capras &c.

Non procedit difficultas in suppositione societatis.

Probatur assertio in vniuersum, quia supposita conuentione certæ mercedis illud onus substituendi tot oues, & capras, quot perierint, tempore locationis est supra debitum eiusdem locationis, nisi compensetur, vel per dimminutionem mercedis, vel per quid aliud, ergo non posita tali compensatione illud pactum, vtpotè inducens obligationē supra debitum, erit iniquum, ipsa verò posita non erit vltra æqualitatem, adeoque nec iniquum. Antecedens probatur, quia, cum ipsæ oues, seu capræ concessæ titulo locationis permaneant quoad dominium penes ipsum locatorem, si pereant, vel deteriorentur eidem perire, & deteriorari debent, nisi pereant, & deteriorentur culpa conductoris, ergo onus, quod imponitur conductori illas reparandi erit supra debitum eiusdem contractus. Consequentia item tenet, quia onus supra iustitiam contractus reddit illicitum ipsum contractum, quod tamen si compensetur, cum non sit contra, sed præter naturam eiusdem contractus, reducitur ad æqualitatem, adeoque ad honestatem iustitiæ.

Illud onus est supra debitum locationis.

PRÆNOTIO IX.

De locatione operarum personalium, & de famulorum stipendio.

SVMMARIVM.

Rationes dubitandi, circa quas versatur titulus. 1.

Operarius conductus, si per ipsum non steterit, quin operas, ad quas conductus est, præstet, potest exigere integram mercedem. 2.

Conductus impeditus à conductore ad præstādā obsequia, quantumuis alteri potuerit locare, potest tamen exigere integrā pensionem. 3.

Si tamen se locauerit, & receperit mercedem secundæ conductionis non potest mercedem primæ exigere. 4.

Famulus à Domino expulsus sine causa ante tempus potest integrum salarium ab eodem exigere, dummodò pro tempore futuro alteri non se locauerit. 5.

Si tamen fuerit expulsus ex iusta causa Dominus regularitèr non tenetur ad mercedem de futuro. 6.

Famulus recedens ante tempus sine causa amittit pensionem temporis futuri, & obligatur ad damna. 7.

Famulo agrotanti pro tempore agritudinis de rigore iuris non debetur salarium, sed ad summum ex aquitate, & pietate. 8.

Expensa facta per Dominum in infirmitate famuli de rigore iustitia detrahuntur, vel de stipendio subsequenti, vel de pracedenti, si non dum fuerit persolutum. 9.

Secus de aquitate, & naturali pietate. Ibid.

Famulus, qui propter agritudinem pro toto tempore, ad quod se obligauit, non seruiuit, non tenetur compensare tempus agritudinis inseruiendo pro tempore subsequenti. 10

Intellige, etiam si pro tempore agritudinis mercedem receperit. 11.

Merces famuli debet esse, vel taxata per ipsos contrahentes, vel per consuetudinem intrà limites tamen iusti. 12.

Famulus spontè se offerens non tribuit ius conductori ad minuendam pensionem iustam. 13

Nequeunt famuli pratendentes obsequia esse suprà pretium conuentum vti tacita compensatione. 14.

Famulus, qui se locauit ad inseruiendum certo Collegio, si auctus fuerit numerus collegialium, potest exigere augmentum mercedis, si conuentio facta fuerit ad ratam singulorum, si verò merces non fuerit taxata ad normam singulorum, non potest exigere tale augmentum, si numerus auctus sit modicus, qui de facili prauideri potuerit. 15.

Famulus regularitèr loquendo erga Dominum obligatur ex culpa lata, leui, non tamen leuissima. 16.

Famulus conductus ad custodiam rerum sui Domini, si sciat in eisdem rebus damnum per alium inferri, & non impediat, tenetur ad reparationem eorundem damnorum ex iustitia saltem subsidiariè, secus, si fuerit conductus ad sola obsequia personalia sine onere custodia. 17.

1 NOn minus locari posse res, & iura realia, sed etiam personas, & obsequia personalia satis, superque constat ex dictis in præcedentibus prænotionibus. Nonnulla hic tamen supersunt examinanda, quæ non videntur communia cum locatione rerum, seruitutum realium, & primò inuestigandum occurret, an quandò per operarium conductum non stat, quin operas, ad quas conductus est, præstet, eidem debeatur integra merces. Secundò, an famulo expulso cum culpa, vel sine culpa, debeatur integrum salarium. Tertiò, an famulo debeatur merces nondum soluta, si discedat non finito tempore. Quartò, an famulus lucretur stipendiū conuentum pro tempore, pro quo ægrotat, & an sumptus pro eodem curando sint de stipendio detrahendi. Quintò, an idem redditus pristinæ sanitati debeat supplere tempus, quo ægrotauit in suppositione, quod lucratus fuerit stipendium pro tempore, quo ægrotauit. Sextò, qualis, & quanta debeat esse merces famuli inseruientis. Septimò, ex qua culpa teneatur famulus erga Dominum. Octauò, an, quando famulus resciuit in rebus domini damnum ab alio intentari, & non impediuit, teneatur saltem subsidiariè ad illorum reparationem, & his similia. Articuli examinandi.

Assertio I. Si per operarium conductum non stetit, quin operas conuentas in fauorem conductoris præstiterit, ius habet ad integram mercedem. *Lessius de iust., & iur. c. 24. dub. 2. n. 11., Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 14, Rebellus lib. 14. qu. 14. n. 9., Lugus de iust., & iur. disp. 29. de locat., & conduct. sect. 3. num. 55.* 2

Hæc assertio potissimum habet fundamentum in iure, & primò *in l. in annos singulos ff. de annuis leg.*, vbi sic legitur. *Hæres damnatus sine re me fundo frui, si initio anni, quo colere deberem, moram fecerit, licet postea patiatur, quia tamen à culpa sim exclusus, totius anni nomine mihi tenebitur, quemadmodum, si diurnas operas Stichi damnatus non à mane, sed à sexta diei hora det, totius diei nomine tenebitur;* ex quo textu sic arguo. Si hæres damnatus ad sinendum colere agrū, & frui ex eo, quod non sinat colere, tenetur totius anni nomine, ergo conductor, qui propria voluntate se damnauit, & obligauit ad mercedem pro operibus conducti, si impediat, seu non sinat eundem conductum prædictas operas conuentas præstare, tenebitur integrè pro illis operibus. Secundò ex *l. qui operas ff. locati*, vbi sic legitur. *Qui operas suas locauit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non steterit, quominus operas præstaret.* Tertiò ex *l. sed addes §. vlt. ff. locati*, vbi sic legitur. *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deindè is, qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Diuo Seuero rescripsit ad libellum exceptoris in hac verba. Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio, ac filio solueres, si eodem anno mercedes ab alio nō accepisti, fidem contractus impleri æquum est.* Iura, quibus innititur assertio.

Probatur iam assertio ratione, quia contractus locationis est ex illis contractibus, qui solo consensu perficiuntur *l. 1. ff. locat.* Ibi. *Locatio, & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium non verbis, sed consensu contrahitur.* Item ex *l. 7 locat. ff. eod. l. qui ad certum 14. ff. eod. & instit. de obligat. ex consensu in princip.*, sed in ijs contractibus, qui

solo consensu perficiuntur, eodem posito immediatè consurgunt actiones ex locato, ergo immediatè oritur actio in conducto ad exigendum id, quod conuentum est; nec obstare potest, quod ipse non adimpleuerit, quandoquidem per ipsum non stetit, cum dispositus fuerit ad implendum, & adimpleuisset, si non fuisset contra iuris ordinem impeditus.

Rationes, quibus comprobatur.

Hic duplex oritur difficultas. Prima, an, si conductus ad personalia obsequia impeditus à conductore ad eadem præstanda, potuerit alijs eadem locare, & congruam mercedem recipere, & non se locarit, adhuc habeat actionem aduersus primum conductorem ad eandem integram mercedem exigendam. Secunda est, an adhuc
2 habeat illam actionem ad pensionem integrã conuentam habendam, si de facto alteri se locauerit, & ab eodem mercedem receperit.

Ad primam asserendum existimo, stando
3 in iuris rigore famulum sic conductum habere adhuc actionem ad integram mercedem, quantumuis potuerit alijs sua obsequia, & operas locare. Sic sentiunt *Lugus de iust., & iur. disp. 29. de locat., & conduct. sect. 3. num. 55. in fin., Rebellus lib. 14. qu. 14.*, quamuis pro contraria opinione allegetur à *Diana tom. 2. tract. 9. Miscellan. resol. 14.* Ratio esse potest, quia nullum ius iustitiæ obligat ipsum conductum ad agendum negotium sui primi conductoris, quærendo alium, à quo conducatur; ex alio capite ipse ex vi conductionis per suprà allegata iura habet ius ad illam mercedem, ergo sistendo in rigore iuris, ex eo, quod potuerit alium conductorem inquirere, non amittit actionem, quam prius acquisierat aduersus conductorem ad conuentam mercedem, quamuis enim potuerit alium conductorem inquirere, & eidem se locare, non tamen ad id tenebatur.

Non tenetur requirere alium cõductorem.

Dixi, *stando in iuris rigore*, quandoquidem non negauerim ex quodam charitatis motiuo teneri, cum posset sine suo incommodo indemnem magna ex parte reddere primum cõductorem locando se alijs, cum maius onus non subeat, ac subierit ex vi primæ conductionis, quod motiuum charitatis fortius videtur vrgere in locatione domus iam vni facta, nam, si hic non possit eam incolere, & locator possit alijs locare, hicque non locet, certè hic videtur contra charitatem peccare, cum de facili potuerit eximere conductorem sine sui læsione ab onere pensionis soluendæ. Fortius, inquam, videtur vrgere, quia locatio domus fit sine incommodo laboris, locatio verò personæ cum incommodo.

Ex motiuo tamen charitatis, si commodè posset.

4 Ad secundam dicendum est, si de facto alteri se locauerit pro eo tempore, pro quo prius fuerat conductus, & impeditus per conductorem ad præstanda conuenta obsequia, & receperit mercedem talis secundæ conductionis, non habere actionem ad mercedem primi conductoris. Colligitur expressè ex *d. l. sed addes §. vltimo ff. locati*. Ibi sic legitur. *Si eodem anno mercedes ab alio non accepisti*, ergo, si ab alio acceperis, non habebis actionem ad mercedem soluendam à primo conductore; & quidem non incongrua ratione hoc definitum est, quandoquidem æquum non est, vt pro eisdem operibus duplex salariũ reportet; hoc tamen vnum aduertendum hic est, quod, si conductus in hypothesi, de qua loquimur, qui fuit impeditus per primum conductorem ad obeunda munera conuenta se alteri locauerit, à quo minorem mercedem receperit illa, de qua primo conuenerat cum primo, possit iustè ab eodem primo exigere illum excessum, qui ipsi defecit in secunda locatione. Ratio est, quia priuatur illo excessu ex culpa eiusdem primi conductoris, & sicuti, si ratione culpæ eiusdem primi conductoris opera non exercuisset conuenta, nec se alteri locasset, haberet aduersus eundem primum conductorem actionem ad integram pensionem conuentam, ità, si etiam se locauerit, sed minori stipendio, habebit actionem contra eundem conductorem primum ad complementum eiusdem stipendij, quandoquidem deficit in illo ratione culpæ eiusdem, & illud impedimentum appositum à primo conductore, ne opera conuenta exerceat, non minus esset causa, cur stipendium integrum non reciperet, si alteri non se locasset, ac esset causa, cur non reciperet illum excessum, si alteri se locauerit pro minori mercede.

Recipiẽs mercedẽ in hac hypothesi à secundo conductore non potest eandem exigere à primo.

Potest tamen exigere excessum à secundo, si à secundo minus receperit.

Assertio II. Si famulus fuerit à Domino expulsus sine causa ante tempus, eidem debetur integrum salarium etiam pro tempore futuro, quo non inseruiuit, dummodò pro eo tempore alteri non se locauerit, & mercedem proportionatam non receperit. Consonat hæc assertio cum præcedenti, quandoquidem ex eo, quod fuerit expulsus sine causa, & sine culpa eiusdem famuli, perindè se habet, ac si fuerit ab eodem Domino impeditus, ne obsequia conuenta præstaret. *Tholos. decis. 268. per ll. in materia locati, & conducti in l. qui operas, & l. sed addes §. fin. ff. locati, Glosa in l. diem functo ff. de offic. asses., Innocentius in c. propter in verb. remissio de locato, & conducto, Lugus de iust., & iur. disp. 29. de locat., & conduct. sect. 3. num. 56., Azorius institut. mor. part. 3. lib. 8. cap. 14. qu. 1., Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct. 4. num. 11.*

Hæc assertio vim habet expressam in iure, & præcipuè *in præcit. l. sed addes §. vlt. ff. locati*, vbi sic legitur. *Cum quidam exceptor operas suas locasset deindè is, qui eas cõduxerat decessisset*, & postea subditur, quod ipsi debeatur integra merces, si per ipsum non stete-

steterit, quominus locatas operas eidem decedenti, seu eius filio præstiterit; ex quibus sic arguo. Conductore operarum decedente conducto debetur integra merces, si per ipsum non steterit, quo minus opera conuenta post eius decessum non præstiterit, ergo à fortiori debebitur, si sine sua culpa à famulatu per Dominum fuerit expulsus. Consequentia probatur, quia, quod Dominus sine causa expulerit famulum à famulatu, est eidem Domino imputabile ad culpam, non sic, quod Dominus ipse decesserit, ergo, si quando decessit, & per famulum non stetit, quin obsequia præstiterit filio eiusdem, hic obligatur ad integram mercedem etiam temporis futuri, pro quo famulus non inseruiuit, à fortiori, quando expulit sine causa tenebitur ad integram eandem mercedem etiam temporis futuri, quandoquidem ipsa expulsio est magis iniuriosa eidem famulo, adeoque magis iniusta. Deindè vim etiam habet *in l. in iure ciuili ff. de reg. iur.*, *& in reg. cum non stat de reg. iur. in 6.*

Expellere contra conuentionem sine causa est iniuria.

Probatur etiam ratione, quia ex vi contractus conductor ipse obligatur versus cōductum ad non impedienda munera personalia, ad quæ ipsum conduxit, & ad retribuendam mercedem pro illo tempore, pro quo conduxit, ergo impediendo sine iusta causa per expulsionem eiusdem lædet ipsius ius acquisitum, sicque aduersus ipsum consurget actio locati, adeoque ad mercedem conuentam. Confirmatur, quia conductor, qui ex sua culpa non est vsus re cōducta, tenetur soluere pensionem conuentam *l. qui operas ff. locati*, sed qui conduxit operas famuli, deindè sine causa ipsum expulit ab obsequio, sua culpa vsus non est re, seu persona conducta, ergo tenetur adhuc soluere integram mercedem.

Cōductor qui ex sua culpa nō est vsus re conducta tenetur adhuc pensionē soluere.

5 Assertio III. Si Dominus expulerit ante tempus conuentum, & præfinitum famulum ab obsequijs conuentis ex iusta, & legitima causa, regularitèr eximitur ab onere soluendi mercedem correspondentem tempori futuro, non præcedenti. *Lugus dict. disp. 29 de locat., & conduct. sect. 3. num. 56. Molina tract. 2. de iust., & iur. disp. 506. nu. 4.*

Probatur primò assertio, quia in huiusmodi conuentionibus ea implicitè semper præsumenda est apposita conuentio, seu conditio inter contrahentes, vt teneantur stare conuentis, nisi iusta, & legitima causa interuenerit, ergo interueniente iusta, & legitima causa possunt à conuentis recedere, cum præcipuè in contractibus alioqui magis secundum se indissolubilibus detur ex legitimis causis dissolutio, vt videre est in contractu matrimoniali, in quo ex causa admittitur diuortium, quantumuis ex vi contractus matrimoniali teneantur ad cohabitationem, & ad alia onera matrimonij contrahentes. Rursus supposito, quod possint ex causa recedere, quod teneatur conductor mercedem contribuere pro tempore præcedenti, ex eo euincitur, quod dignus est operarius mercede sua, &. si quis aliquem fraudat mercede sua, effundit sanguinem. *Can. Immolens 14. qu. 5. Cassad. in tract. glor. mund. part. 3. consid. prima nu. 8. vers. condescendo, Tiraqu. ad l. si vnquam in verb. facultatem*; neque ea mercede priuandus est ratione alicuius damni, quod consequatur conductori, quandoquidem hoc non supponitur, quod, si sequatur, infra videbimus; neque ratione pœnæ, quia non est in potestate conductoris apponere pœnam cuicunque, sed spectat ad Iudicem per sententiam, nisi prius fuerit conuentum per expressam contrahentium voluntatem, vel consuetudo aliud postulet. *Rebellus lib. 14. q. 3. nu. 20., Carotius part. 1. qu. 10. nu. 21. Bonacina disp. 3. qu. 7. punct. 4. num. 12.* Tandem supposito, quod possint ex causa recedere, quod non teneantur mercedem contribuere pro tempore subsequenti ad expulsionem sic euincitur, quia ex eo, quod sit iusta, & legitima causa repellendi supponitur etiam legitima causa non contribuendi, nam, qui causam dat expulsionis supponitur dare causam eorum omnium, quæ ex eadem consequuntur.

Cōductio supponitur conditionata

Dices, si conductor sine iusta causa expellat conductum à famulatu, tenetur ad integram pensionem etiam temporis futuri per ea, quæ superius dicta sunt, ergo, si expellat cum iusta, & legitima causa eximetur etiam ab onere soluendi pensionem pro tempore præcedenti. Consequentia probatur, quia seruari debet proportionata æqualitas, adeovt, si subiacere debet oneri soluendi integram mercedem etiam temporis futuri, quando expellit sine causa, etiam debeat subiacere conductus oneri amittendi totam mercedem, si ex sua culpa expellatur, vt æqualis sit vtriusque contrahentis conditio. Sed contra neganda est consequentia. Ratio disparitatis in eo consistit, quia verum quidem est, quod ille, per quem stat, ne conuentio adimpleatur, tenetur soluere damna, quæ alter iniustè patitur per quem non stat, vt contractus nō adimpleatur vsque ad præfinitum tempus; in hypothesi autem, de qua hic loquimur, nullum ex tali expulsione supponitur damnum contingere conductori, quod tamen si contingat, vt infrà videbimus, dum de recessu famuli voluntario sine causa, certe erit compensandum. Deindè conductor expellens sine legitima causa est causa iniusta damnorum, quæ consequuntur ad expulsionem, expellens autem ex iusta causa non est, nisi causa voluntaria damnorum, si fortasse consequuntur, quia poterat expellere, & non expellere, sibique ante ex-

Instantia proposita, & dissoluta.

expulsionem consulere, quod non verificatur respectu conducti, quando expellitur sine iusta causa, quia non est in eius potestate reijci, & non reijci, adeoque.

Dixi in assertione, *regulariter*, nam in aliquibus casibus conductor expellens ex iusta causa potest eximi etiam ab onere soluendi mercedem temporis præteriti, quod præcipuè contingeret in hypothesi, qua causa, propter quam expellit, esset ex culpa conducti, & talis, vt non expediret conductum non expellere, & ex alia parte ex tali expulsione conductor damna correspondētia etiam mercedi temporis præteriti teneretur subire, tunc etenim ipse conductor eximeretur etiam ab onere soluendi mercedem temporis præteriti in compensationem illorum damnorum, quorum ratione culpæ fuit causa ipse conductus, prout benè notauit *Lugus dict. disp. 29. de locat., & conduct. sect. 3. num. 56.* Item in casu, quo famulatus temporis sub sequentis pluris æstimaretur, quam sit merces promissa pro illo tempore, *Rebellus lib. 14. q. 13. n. 20.*

Quandoque conductor expellens eximitur etiam ab onere mercedis præteritę

7 Assertio IV. Si famulus ante tempus cōstitutum sine causa recesserit à Domino, amittit mercedem temporis futuri, non præteriti, & vlterius tenetur ad compensationem omnium damnorum, quæ indè cōductori prouenerunt, si verò cum iusta causa recesserit, ad compensationem damnorū non tenetur, nec videtur amittere mercedē temporis præteriti, benè futuri, nisi causa fuerit talis, vt compulerit conductum ad recedendum. Quoad primam partem est *Carocy prima part. q. 10 n. 21., Lugi disp 29. de locat., & conduct. sect. 3. num. 56., Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct 4. num. 12., Rebell. lib. 17. quæst. 13. num. 20.*; quoad secundam est conformis ijs, quæ dicta sunt superius.

Ratio primæ partis ex eo facilè deducitur, quia spontè recedendo ex sua culpa illa obsequia non præstat, ob quæ mereretur stipendia temporis futuri, ergo illa vtique amittit. Consequentia tenet, quia formalis ratio acquirendi illud stipendium sunt illa obsequia, & munera, ergo, si illa ex sua culpa non præstat, nec acquirere stipendiū dicendus est. Quod verò teneatur etiam ad compensationem omnium damnorum, quæ inde conductori prouenerunt, ex eo etiam facilè deducitur, quia per talem voluntarium recessum fuit causa iniusta, ob quam illa damna pullularunt, cum recesserit contra conuenta, ergo tenetur illa omnia damna reparare sic exigente iustitię ordine. Quod verò non amittat mercedem temporis præteriti, ex eo euincitur, quod pro illo tempore obsequia præstitit, nec vlla est ratio, ob quam illorum stipendio sit priuandus; non enim priuandus est in compensationem damnorum, cum illa teneatur compensare ex supra dictis, nec in pœnam, quia pœna hæc non fuit apposita in celebratione contractus, nec a iure communi statuta, nec debetur, si esset, ante sententiam.

Formalis ratio acquirendi stipendia est obsequium.

Ad hanc nostram assertionem cōfirmandam præcipuè in eo, quod famulus sua culpa recedendo amittat mercedem temporis futuri, maximè faciunt ea, quæ habent *Baldus in l. 2. n. 2. vers. sed si quis permittat, & in l. ædem num. 8. C. de locato Doctores in l. penult. ff. soluto matrimonio, in l. diuersitatis C. de post lim. reuer., Ferret. de militari inst. num. 13., Rebuff. de pericul. schol priuil. 163., Bonacos. de famulis qu. 79. circà medium*, qui omninò sunt consulendi; In eo verò, quod non amittat mercedem temporis pręteriti, maximè facit id, quod habet *Baldus in d. l. ædem n. 8. C. de locato*, vbi asserit, quod, si conductor tantum damnum patiatur de recessu, quātum commodum habuit de seruitio, non teneatur propter compensationem hinc indè; sin autem conductori damnum, nec interesse aliquod est, tunc tenetur soluere pro rata *Bonacos. de famulis qu. 109.*

Ratio secundæ partis facilè deducitur ex prædictis, quia scilicet ex præsumpta contrahentium voluntate ea tacita contractui intelligitur apposita conditio, vt teneantur stare conuentis, nisi iusta, & legitima causa intercesserit, ergo interueniente legitima causa potest conductus recedere, & recedendo eximetur a quocunque onere, sicque, si damna conductori obueniant, ad eorum reparationem conductus non obligabitur, cum ex recessu ex iusta causa deobligetur a contractu, & causa recessus sit etiam causa dissolutionis.

Maior difficultas est ad probandum, quod amittat mercedem temporis futuri, quia recedendo, cum posset non recedere, videtur quodamodo cedere iuri ad illam mercedem temporis futuri, non enim supponitur talis causa recedendi, vt inferat coactionem, ergo ius ad illam ex sua libertate videtur amittere. Confirmatur ex ijs, quæ supra diximus, quia conductor expellens ex iusta causa expellit quodamodo liberè, nec eximitur ab onere soluendi mercedem pro tempore præcedenti, ergo etiam conductus recedens ex iusta causa recedit quodamodo libere, & absoluetur a iure, quod habebat ad mercedē temporis futuri.

Dixi, *nisi causa fuerit talis, vt compulerit conductum ad recedendum*, quod intellige ex culpa conductoris. Ratio huius exceptionis ea est, quia conductor expellens famulum sine iusta causa non eximitur ab onere soluendi mercedem pro toto tempore conuento, ergo nec eximendus est, si tribuerit causam compulsiuam eidem famulo ad recedendum. Consequentia probatur, quia formalitèr expellere famulum sine iusta causa, & eidem conferre iustam, & coactiuam

Exponitur exceptio à posita mox assertione

uam

nam causam ad recedendum paria sunt, cū talis causa æquiualeat expulsioni actuali.

8 Assertio V. Famulo ægrotante pro eo tempore, pro quo ægrotat, sistendo in rigore iuris salarium non debetur, benè tamen ex æquitate, & naturali charitate, quinimmò etiam ex consuetudine, vbi hæc viget. Ità quoad primam partem *Abbas in c.1. de Clerico ægrot., & debil. nu.6., Glosa in l. penult. C. de condit. ob caus., Bartolus in l. si vno §. item cum quidam ff. locati, & in l. operæ ff. de vsufruct. leg., Ancharanus in c. propter sterilitatem de locato. Doctores ad l. diem functo, & ibi Cagnol. n.216., Bolognet. n.2. de off. assess., Iason ad d. l. diem functo n.47., Couaru. var. lect. lib.3. c.143., Bonacos. in tract. de famul. q.103., Baldus in l. liberti n.15. C. de ope. lib.* Quoad secundam *Siluan. conf.28. nu.2., Sebast. Medi. de cas., & peric. q.6. n.6. part.1.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur primò, quia merces soluitur dumtaxat ab operas quotidianas, quas famulus exercet, sed pro tempore infirmitatis illius non exercet, ergo &c. Neque dicas, quod, si famulus ægrotans illas non exerceat, hoc non stet per se ipsum, ergo adhuc iustè potest exigere illorum mercedem. Consequentia probatur *ex l.1. §. Diuus Seuerus ff. de var., & extraord. cognit.*, vbi legitur, quod *Diuus Seuerus ab hæredibus Aduocati eo mortuo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret*, ergo, si Aduocatus etiam obsequio non præstito, eo quia ante ipsum mortuus est, lucratur totam mercedem, etiam famulus eandem lucrabitur, etiam si obsequium non præstiterit ob infirmitatem, cum per ipsum non steterit; contra enim impugnaberis, quia in primis paritas de Aduocato non facit ad rem, quia, *vt benè notat Rebellus lib.4. qu. 14. n.6.*, hoc est speciale in Aduocato propter consuetudinem, ex qua oritur tacitus consensus dandi, etiam si sine sua culpa patrocinium non præstet. Deindè, vt benè notat *Azorius part.2. lib.2. cap.39. q.5.* in eo textu adiudicatur integrum salarium Aduocato, quia per clientem steterat, quominus tempore congruo Aduocatus patrocinium adhiberet, cum iste esset dispositus, quæ non militant quoad famulum ægrotantem, vt per se patet.

Merces datur propter operas, & obsequia.

Dispar ratio de Aduocato

Secundò, quia conductor, qui, vti non potuit re conducta ob defectum locatoris, non tenetur soluere pensionem, seu conuentam mercedem *l. qui operas ff. locato*, ergo neque dominus, qui ob infirmitatem famuli, vti non potuit eius obsequijs, seu famulatu, non tenebitur pro illo tempore stipendium soluere.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia naturalis pietas exigit, vt pro tempore, quo maior vrgeat necessitas famuli, non destituatur conuentis stipendijs, cum præcipuè pro alio tempore sibi nequeat congruam congerere sustentationem, cum sit addictus Domini obsequijs, nec æquitas postulat, vt deseratur, si sine sua culpa impotens sit factus ad sibi subueniendum. Ad hoc magis confirmandum adduci possunt ea, quæ communitèr circumferuntur, & approbantur de Sacerdote conducto ad celebrandas Missas quotidianas, qui tamen, si pro aliquo tempore non possit ob infirmitatem celebrare, nihilominus ex quadam æquitate, & naturali pietate etiam pro illo tempore stipendium consequitur, dummodò non sit diutinum.

Assignatur ratio naturalis pietatis, & conuenientiæ.

Ratio tertiæ partis ex eo deducitur, quia consuetudo in ijs regionibus seruanda est præcipuè, quod contrahentes in ijs, quæ non exprimuntur, præsumantur in celebratione contractuum de ipsa implicitè conuenire; cum vnusquisque præsumatur se accommodare ijs, quæ in tali regione sunt consueta. *Angelus in l. si cum dotem §. sin autem in sæuissimo ff. soluto Matrimonio per l. 1. C. de iur. fisc. lib.10. Glosa in l. excepto C. de loc. Summa Angel. verb. familia n.2.* ergo &c.

Assertio VI. Sumptus pro famulo infirmo curando stando in rigore iuris possunt Domini detrahere, vel de stipendio subsequenti, vel de præcedenti, si nondum fuerit persolutum, non tamen sistendo in naturali pietate, & æquitate, seclusa consuetudine quoad rigorem iustitiæ *Rebellus lib. 14. qu.5. n. 1., & 2., Diana tom.1. tract. de contract. resol. 86., Bonacina d. disp. 3. qu.7. punct.4. n.13. vers. addo dominum non teneri*, vbi alios refert, quos sequitur. 9

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod nec natura contractus obligat conductorem ad illos sumptus, & expensas in curatione conducti faciendas, nec aliquod ius positiuum ad hoc positiuè disponit, ergo stando in rigore iuris potest dominus illas de conuento stipendio detrahere. Antecedens probatur, quia ex vi conductionis simplicitèr, quando aliud non est actum, non obligantur contrahentes, nisi mutuo ad operas, & ad stipendium; ex alio capite non est assignabile ius, quod de tali onere conductoris disponat.

Contractus ex genere suo non extenditur ad expensas curationis.

Dices ius de hoc disponens haberi *in l. in rebus §. possunt ff. commodati*, vbi dicitur, quod expensæ alimentorum, vel valetudinis commodatarius non repetat; Sed contra, quia huiusmodi textus solum innuit, quod ex quadam æquitate, & præsumptione iuris huiusmodi impensæ non repetantur, est etenim ibi sermo de impensis modicis, quæ dicuntur non repetendæ, quia de modicis non curandum *l. omninò ff. de impen. in re. do. fac., & l. Nesennius ff. de negotijs gestis, & l. hactenus ff. de vsur.*, & est maxima præsumptio, quod Dominus gratuito illas contulerit. Cæterum in eodem textu

Est sermo de expensis modicis de quibus non est curandum.

textu absolutè dicitur, quod commodatarius possit agere aduersus commodantem de impensis in valetudine serui factis.

Iuxta hunc etiam sensum intelligendum est id, quod asserunt *Bartolus in l.leg ata n. 3., & ibi Alexander in addit. ff. de alim., & cib. leg. & in l. si cum dotem §. sin autem in sæuissimo n.8., vbi Alexander n.6. ff sol. matrim. Ferre. de milit. discept. num. 117., Alciatus in l. cætera 44. ff. de verb. signif. Port. de alimentis c. 13. nu. 10., Pic. in l. filia §. filia num. 161. ff. de leg. 1., Rolandus consl. 22. num. 3. lib. 1., Menochius lib. 4. præsumpt. 157.*, nempè dominum teneri famulo infirmo ad medicinas, & impensas modicas; Intelligendum, inquam, quod procedat dumtaxat ex quadam æquitate, cum supponatur ob modicitatem dominus de illis non curare, & gratis contulisse.

Ratio secundæ partis de naturali æquitate, & pietate deducitur ex ijs, quæ dicta sunt in præcedenti assertione ad probationem secundæ partis, quæ hic possunt adaptari. Ratio verò tertiæ partis ex consuetudine præter ea, quæ dicta sunt in probatione tertiæ partis præcedentis assertionis, deducitur ex ijs, quæ tradit *Angelus in l. si cum dotem §. sin autem in sæuissimo ff. solut. matrim. per l. 1. C. de iure Fisci lib. 10.*, & regulariter in huiusmodi contractibus consuetudo seruatur, cum eidem contrahentes præsumantur se accomodare, quæ propterea saltem ex voluntate ipsorū vim legis habere videtur, cum per illam sibi saltem præsumptiuè legem constituant.

10 Assertio VII. Famulus, qui pro tempore, quo fuit conductus, in ægritudinem incidit, nec potuit inseruire, non tenetur postea cessante ægritudine pro tanto tempore inseruire, quanto suppleat defectum famulatus pro tempore, quo ægrotus non inseruiuit. Hæc assertio secundum duplicem sensum potest intelligi, primò, quatenus, cum ob ægritudinem non inseruiuerit pro toto tempore cōuentionis, possit famulus obligari ad protrahendū tempus famulatus, quovsq; per illam protractionem suppleat tempori, quo non seruiuit ob ægritudinem; secundò, quatenus, cum ipse Dominus pro illo tempore mercedem contulerit, possit eundem famulum compellere ad inseruiendum pro alio tempore ad exonus solutionis factæ pro tempore eiusdem ægritudinis. Procedit potissimum difficultas in præsenti quoad primum sensum; de secundo sensu immediatè postea subdam. Ita quoad sensum difficultatis præsentis. *Carocius 2 part. §. de sublocatione q. 26. nu. 5., Molina disp. 505. num. 1., Reginaldus lib 25. num. 517., Azorius 2. parte lib. 2. c 39 qu. 6., Lugus disp. 29. de loc., & conduct. sect. 3. n. 61., Bonacina disp. 3. qu. 7. punct. 4. num. 14.*

Probatur, quia conuentio conductionis est alligata ad determinatum tempus, nec vlterius protrahitur, ergo eo elapso non est aliquod vinculum, ratione cuius conductus obligari possit ad perseuerandum, vel obligare conductorem, vt non reijciat à famulatu. Neque obesse potest, si asseratur, quod pro tempore, pro quo ex conuentione debebat opera, & obsequia personalia præstare, non præstiterit, adeoque, quod ad supplendum talem defectum possit obligari ad eadem præstanda pro alio tempore. Non, inquam, obesse potest, quia, quod non præstiterit pro illo tempore per ipsum non stetit, quod proindè non debet eidem imputari; quinimmò in conuentione præsumendum est, quod se obligauerint secundum modos habiles, & sub conditione saltem implicita, si scilicet possint adimplere, quod, si adimplere non possint impotentia ipsa excusante, eximuntur ab obligatione; neque ex eo, quod sit impotentia pro aliquo tempore, & non pro alio arguendum est, quod, si pro vno non posit adimplere, teneatur adimplere pro alio; non, inquam, arguendum, quandoquidem conuentio est pro aliquo tempore determinato, puta pro hoc anno, non pro anno indeterminatè, quo propterea elapso non amplius viget ius, cum conuentiones non extendantur vltra tempora præfinita, quod deinde pro aliquo tempore, seu melius pro aliqua parte temporis conuenti ex causa nō potuerit adimplere, hoc non obligat ad adimplendam in alio tempore, pro quo non est conuentio, ea proportionali ratione, qua iura obligant ad ieiunium pro aliquo die determinato, si tamen aliquis ex iusta causa pro illo die sit impotens ad idem ieiunium, & non sit impotens pro alio die, ad quem iura non extenduntur, non propterea pro illo alio die, pro quo non est impotens, obligatur ieiunare ad supplendum defectum ieiunij illius diei, pro quo ex impotentia non ieiunauit.

Conuentio est alligata certo, & determinato tempori.

Obligatio præsumitur secūdum modos habiles, & sub conditione saltem implicita

Probatur secundò paritate domus locatę determinatę ad annum, cuius vsus, si pro aliqua anni parte fuerit impeditus, vel propter bellum, vel propter aliquam similem causam, non tenetur locator vltra annum conuentum eius vsum prorogare, vt annus vtilis compleatur per ea, quæ docent, *Azorius instit. mor. part. 2. lib. 2. cap. 39. q. 6. Lugus disp. 29. de locat., & conduct. sect. 3. nu. 61.*, ergo etiam, si persona fuerit locata ad vsum, & talis vsus fuerit impeditus ob infirmitatem personæ conductæ, pro tempore, ad quod vigebat locatio, nec locator tenebitur protrahere vsum vltra tempus conuentum, nec conductor obligabitur ad illam protractionem admittendam.

Euincitur paritate domus locatæ ad certum tempus.

Maior difficultas est illa, quæ fuit proposita iuxtà secundum sensum in ipsa assertione expositum. Nibilominus sentiendum 11 est,

eſt, quod ſiſtendo in rigore iuris poteſt quidem conductor, vel non ſoluere mercedem correſpondentem tempori ægritudinis, vel detrahere, ſi iam ſoluerit ex mercede debita ſubſequentèr, non tamen obligare locatorem ad inſeruiendum poſt tempus conuentum locationis; ſiſtendo verò in naturali æquitate, & pietate, & etiam conſuetudine, ſi ibi viget, nec poteſt detrahere de conuenta penſione, nec obligare locatorem ad inſeruiendum vltrà tempus conuentum ad ſuplendum defectui famulatus pro tempore ægritudinis. Ità quoad primam partem *Tiraquel. ad l. boues §. hoc ſermone nu.63. ff. de verb. ſignific., Carocius de loc., & conduct. part.1. q.10. de mercede famulatitia n.30.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod dictum fuit ſuperius, ſcilicet, quod onus eſt ex conuentione alligatum certo, & determinato tempori, vltrà quod non extenditur, & licet conductor, ſi fortè totam mercedem perſoluerit, habeat ius in rigore iuris repetendi id, quod correſpondet tempori ægritudinis, non tamen habet ius obligandi pro eo, ad inſeruiendum pro tempore, pro quo locator in celebratione contractus non ſe obligauit, cum nec natura contractus ad hoc obliget, nec aliquod ius poſitiuum. Ratio ſecundæ partis etiam à fortiori deducitur, quia ſiſtendo in naturali pietate, cum teneatur conductor totam mercedem contribuere pro tempore ægritudinis ex vi præcisè conductionis, ex eodem nullum ius acquirit, & à fortiori ſi teneatur ex conſuetudine eandem mercedem rependere, ergo &c.

Habet ius repetendi ſolutū non autē obligandi vltrà tempus conuētus.

12 Aſſertio VIII. Merces famuli conducti ea debet eſſe, quæ in celebratione contractus fuit inter contrahentes conuenta, quod, ſi nulla facta fuerit conuentio, ea eſſe debet, quę eſt taxata per conſuetudinem illius regionis, talis tamen, & tanta, vt non ſit infrà infimum iuſtæ mercedis. In hanc noſtram aſſertionem propendent in vniuerſum *Azorius inſtit. mor. part. 3. lib.8. c.13. quæſt. 1., & 2., Molina diſp. 506., Leſſius cap.24. dub.4, Rebellus lib.14. qu.13., Lugus dict. diſp.29 ſect.3. num.62., Bonacina diſp. 3. qu.7. punct.4. num.9.*

Contrahentes legem ſibi ſtatuunt per conuētiones.

Ratio primæ partis eſt, quia contrahentes per pacta ſibi conſtituunt leges, ergo facta conuentione de determinata mercede eidem ſtare abſolutè debent, ſicque merces conuenta erit iuſta, & legitima pro tali conductione; neque obeſſe poteſt, ſi aſſeratur, quod contrahentes ſtare debet conuentis, quando ſunt ad æqualitatem, ſecus quando inferunt inæqualitatem, quia tunc læſus non præſumitur omninò liberè conſentire, ſed inuoluntariè mixtè eo modo, quo mutuatarius conſentit ad vſuras, Non, inquam, obeſſe poteſt, quia ſupponitur conuentio omninò liberè inita, vt locator cedat iuri ſuo, qui ſicuti rem ſuum poteſt alteri donare quoad totum, ità etiam quoad vnam partem, non quoad alteram, & per conſequens etiam operas ſuas, vel omninò gratuito impendere, vel gratuito quoad vnam partem, & non quoad aliam *arg. l. quæ de tota ff. de rei vendit., & l. illud, ff. ad l. Aquil.*, nec alitèr præſumendum eſt, cum potuerit locator conſentire, & ſpem habere alia beneficia à conductore acquirendi.

Conuētio de ſolo victu pro famulatu ſubſiſtit.

Ex quibus etiam faſerit deducere, quod, ſi facta fuerit conuentio de famulatu cum ſolo onere de victu, & veſtitu conferendis per conductorem, famuli iſti eidem ſtare debeant, & eſſe contenti de conuentis, ex quo etenim ſe obligarunt ad famulatum ex illa ſola mercede, non poſſunt ab ea poſtea recedere; eã etenim, quæ prius erant voluntatis, ex poſt facto ſunt neceſſitatis; atque etiam ſic ſentiunt, *Baldus in l. ſed, & ſi quid §. ſufficientèr ff. de vſufruct., Alexander in l. in his §. ſeruis ff. ſol. matrim., Rebuf. de famul. ſalar. gloſ.3. in princip. tom.2., Socin. conſ.196. verſ.4., & vlt. vol.2., Hieronymus Gabriel. conſ.170. num.20. vol.1., Simon. de Pretis conſ. 18. in fin.* Atque in hac hypotheſi talis conuentionis debet Dominus alimentare famulum, & veſtire veſtibus concedentibus ſecundum ordinem, & qualitatem eiuſdem Domini *l. ſed, & ſi quid, vbi Gloſa ità exponit ff. de vſufruct., Rebuf. in l. verbo victus col.1. ff. de verb. ſignificat.*

Conſuetudo taxat pretium, vbi taxatum non eſt.

Ratio ſecundæ partis eſt, quia inter contrahentes, quando nihil eſt expreſſum, id actum ſupponitur, quod conſuetum eſt, *Federicus de Sen. conſ. 18. in fin., Alexander con.109. n.12. lib.6., Angelus in verb. familia in fin. num.10., Bonacoſ. de famul. quæſt.79. poſt Natteam conſ.376. n.4., Granat. Theorem.12. num.12. cum ſequent.*, & locans ſuas operas videtur implicitè contractui aſſentiri ea conditione, vt, quod conſuetum eſt, ſibi erogetur *Azorius inſtitut. mor. part.3. lib.8. c.13. q.1., Cordubæ lib.1. quæſtionarij q. 35., Vaſquez in opuſcul. de reſtit. c.5. dub.10. n.56., Reginald. lib.25. nu.552.*, & contractus ſemper præſumitur celebratus iuxtà conſuetudinem loci; iuxtà quam etiam cenſetur taxatum pretium *Gomez tom. 2. var. cap. 3. de locat. n.4., Molina diſp.506.*, ergo &c.

Contractus ex ſuo genere exigit æqualitatem.

Quod autem talis, ac tanta debeat eſſe merces, vt non ſit infrà infimum iuſtæ mercedis ex eo euincitur, quod contractus ex ſuo conceptu exigit æqualitatem, quæ vtique non eſſet, ſi pretium erogaretur infrà infimum. Quod autem ſufficiat pretium attingens infimum iuſtæ mercedis ex eo euincitur, quod non minus merces operariorum admittit latitudinem intra ſupremum, medium, & infimum, ac admittat merces aliarum rerum venalium, quando pretium indiuiſibilitèr non eſt taxatum per Principis decretum, vel aliorum haben-

tium

tium legitimam potestatem taxandi, sed in venditione rerum venalium pretium legitimum est etiam infimum, ergo &c. Ex quibus docent communitèr Doctores, quod, si de certa mercede non fuerit inter contrahentes conuentum, sed pretium relictum arbitrio conductoris, non possit hic infrà infimum pretium stipendium erogare, quia mens locatoris non supponitur extendi ad donationem, sed ad id, quod iustum est: *Lessius lib. 2. cap 24. dub. 4. num. 24. vers. 2. sequitur, Lugu d. disp. 29. de locat., & conduct. sect 3. n 63*, & alij mag s communitèr.

Hæc tamen, quæ in hac re dicuntur, limitanda sunt in nonnullis casibus, & primò in eo, quo famulus spontè non petat stipendium, sed operas præstet eo præcisè animo, vt alliciat dominum ab sibi conferendum aliquod beneficium, tunc etenim ex iustitia non tenetur al quid conferre, &c. si quid conferat infrà infimum, non læditur ius alterius. Ratio huius limitationis ex eo deducitur, quia, qui munera alicui confert ex motiuo acquirendi eius beneuolentiam, & dependenter ab ipso titulo gratitudinis aliquod pretio æstimabile, ipsum non obligat ex iustitia ad conferendum illud pretio æstimabile, sicuti, qui inseruit Prælato, vt acquirat eius beneuolentiam ad finem, vt consequatur beneficium, ipsum non obligat ad ipsum conferendum, vndè, si conferat, non est simoniacus per ea, quæ diximus supra, dum de simonia, ergo etiam, qui famulatum præstat eo animo, vt beneficium aliquod sæculare, seu rem aliquam pretio æstimabilem consequatur, non obligat ex iustitia dominum ad illud pretio æstimabile conferendum; vnde, si quid confert, ex gratitudine confert, nec famulus ius habet ad aliquid supra collatum exigendum. Secundò in casu, quo Dominus non egeat opera famuli se exhibentis ad famulatum, sed ex quadam misericordia, & pietate ipsum conducat ad preces eiusdem; tunc etenim satisfe videretur, si congrua alimenta eidem præstaret, quandoquidem his famulus se spontè offerens videtur contentus, & cuicunque suo iuri in reliquis cedere, etiam si præstet famulatum, & obsequia, quæ longè videantur excedere valorem eorundem alimentorum.

Nõnulla exceptiones ad præpositam assertionem.

13 Hic duplex oritur difficultas. Prima est, an ex eo, quod famulus se spontè, & vltroneè offerat ad inseruiendum, iustum ius tribuat Domino diminuendi de iusta mercede, & consueta. Secunda ex suppositione, quod præstet obsequia superexcedentia valorem alimentorum, & Dominus illa non compenset, si illis spontè non cedat, an possit, vti tacita compensatione in rebus eiusdem Domini. Quoad primam maxima est contentio inter *Sotum 5. de iust. q. 3. art. 3., Vasquez in opusc. de restit. c. 5. dub. 10. n. 61. Lessium lib. 2. c. 24. dub. 4. num. 26.*, qui arbitrantur illam vltroneam oblationem esse iustam causam diminutionis cõsueti stipendij, & inter *Molinam disp. 506. n. 2. vers. quid itaque Nauarrum c. 17. num. 108. Reginaldum lib. 25. c. 39. n. 252.* asserentes ex illa spontanea oblatione non oriri ius in conductore diminuendi de iusta mercede, cum necessitas non diminuat rerum valorem. Sentiendum existimo, vltroneam oblationem præcisè non tribuere ius diminuendi de iusta mercede vltrà pretium infimum, quando vltroneè se offerens liberè non cedit iuri suo. Ratio ex eo deducitur, quod mox innuebatur, quod scilicet necessitas non diminuat rerum valorem, qui est ex vsu fori, & licet dicatur, quod merces vltroneæ vilescant, hoc intelligendum est intrà latitudinem pretij iusti, adeò vt possint iustè emi pretio infimo, non autem infra illud, nisi vltroneè vendens minori velit esse contentus cedendo &c. Atque in hanc nostram opinionem vltrà præallegatos inclinare existimo *Rebellum lib. 14. q. 15. n. 10.*

Necessitas non diminuit rerum valorem.

Quoad secundam stante dispositione S. D. N. Innocentij XI. Pontificis nunc regnantis, qui in Generali Congregatione Sanctæ Romanæ, & Vniuersalis Inquisitionis habita die 2. Martij 1679. damnauit propositionem illam, quæ est in ordine trigesima septima, qua dicitur, *Famuli, & famulæ domesticæ possunt occultè heris suis surripere ad compensandam operam suam, quam maiorem iudicant salario, quod recipiunt*, absolutè dicendum, quod nequeant illa tacita compensatione vti; nihilominus, quia potest esse dubium, an Pontifex damnauerit illam propositionem ex eo præcisè, quod famuli, vel famulæ arbitrarentur operam suam esse maiorem, vel etiam ex eo, quod in se, & in conceptu omnium illa opera sit maior salario, quod recipiunt, ideò pro resolutione vos ad Sanctam Romanam Sedem remitto. 14

Nouissima declaratio Innocentij XI. Pontificis nunc regnantis.

Assertio IX. Si famulus se locauerit ad inseruiendum alicui Collegio, & auctus fuerit numerus Collegialium augendum est stipendium, si hoc in celebratione contractus taxatum fuit ad ratam singulorum, si verò non fuerit taxatum ad normam, & ratam singulorum, non videtur diminuendum, si numerus fuerit modicus, qui de facili præuideri potuerit, secus, si fuerit magnus, qui de facili præcogitari, & præuideri non potuerit à contrahentibus. Ità in vniuersum sentire existimo. *Azorium lib. 3. instit mor. lib. 8. c. 15. qu. 2., Conradum de contractibus q. 88., Rebellum lib. 14 qu. 15. n. 15., Bonacinam disp. 3. qu. 7. punct. 4. num. 16.* 15

Probatur prima pars, quia taxato pretio ad numerum singulorum de tali Collegio proindè est, ac si pro vnoquoque determinatum stipendium esset soluendum, ergo adau-

adaucto numero ibi existentium ad ratam est augendum stipendium. Consequentia probatur, quia pro stipendio vni assignato non potest stipendiarius obligari ad alteri inseruiendum; ex eo etenim, quod ego certo stipendio sim conductus ad inseruiendum Francisco, non possum obligari ad inseruiendum Paulo, licet fiat de eadem familia Francisci.

Pro stipendio ad inseruiendum vni non potest obligari ad seruiẽdũ simul alteri.

Probatur secunda pars, quia non est præsumendum, quod contrahentes in conuentione pro famulatu certæ familiæ, vel Collegij non præuiderint, vel saltem præuidere potuerint, quod in modico eadem familia augeri, vel diminui potuerit, ergo, quando non est taxatum stipendium ad ratam singulorum, præsumendum est, quod de illo modico augmento, vel decremento non curauerint, & vnaquæque pars cesserit iuri suo, præcipuè cum videatur æqualis vtriusque contrahentis conditio, si enim numerus potuit crescere, potuit etiam decrescere.

Modicũ augmentũ familię de facili præuideri potuit.

Probatur tertia pars, quia ex vna parte non est probabile, quod contrahentes se obligauerint ad onera, quæ præuidere in celebratione cõtractus minimè potuerunt; ex alia parte ratio dictat, contrahentes non esse plus æquo grauandos, ergo in suppositione, quod numerus adauctus fuerit magnus, & præuideri non potuerit, non est præsumendum, quod famulus in celebratione contractus ad illum voluerit se obligare.

Non est famulus plus ęquo grauãdus

16 Assertio X. Regularitèr loquẽdo Famulus erga Dominum obligatur ex culpa lata, & etiam leui; non tamen leuissima. Ità expressè. *Azor. instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 13. q. 7.*

Ratio facilè ex ijs deducitur, quæ alibi fusè dicta sunt, & præcipuè *tom. 3. dum de commodato, & deposito*, nempè in ijs contractibus, qui sunt in gratiam, & commoditatem vtriusque contrahentis, consurgere obligationem ex culpa etiam leui, ad differentiam eorum, qui sunt in commoditatem solius recipientis, qui obligatur etiam ex leuissima, sed contractus locationis, & conductionis ex genere suo est in vtilitatem vtriusque contrahentis, cum famulus operam impendat in vtilitatem Domini, Dominus mercedem conferat in vtilitatem famuli, &, si quandoque famulus obsequium gratuito videatur impendere, impendit tamen regularitèr sub motiuo acquirendi dependentèr ab illo aliquod pretio æstimabile, & ferè semper saltem victum, & vestitum acquirit. Quod, si supponas omninò liberè, & gratuito famulatum præstare sine vllo motiuo retributionis, tunc ipsum non obligarem, nisi ex dolo, vel ad summum culpa lata.

Est in vtriusque contrahentis commodum, & vtilitatẽ.

17 Assertio XI. Si famulus conductus fuerit ad custodiam rerum sui Domini, & sciens in eisdem rebus damnum per alium inferri, & non impediat, tenetur ad reparationem eorundem damnorum erga Dominum ex iustitia saltem subsidiariè, si verò fuerit conductus præcisè ad obsequia personalia sine vllo onere custodiæ, non tenetur ad damna, quæ sciens non impediuit, nisi ex titulo charitatis.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod ex vi proprij muneris obligantis ex iustitia, cum ratione illius mercedem recipiat, tenetur illa damna impedire, si possit, ergo si, cum posset, non impedierit, tenetur ad illorum reparationem. Dixi, *saltem subsidiariè*, qui seruato ordine iustitiæ principaliùs obligatur ille, qui damnum intulit, reliqui verò, vel per consilium, vel per opem cooperantes non nisi in defectum illius, ergo, cum ipse ad illud damnum positiuè non contulerit, sed tantum negatiuè non impediendo, non tenebitur, nisi in defectum principalis, adeoque non nisi subsidiariè.

Non adimpleret munus, ad quod est cõductus.

Ratio secundæ partis ex eo etiam euincitur, quia, cum non fuerit conductus ad custodiam, non peccat, nisi ad summum contra charitatem non custodiendo, quia ad hoc nullum habet onus iustitiæ, ergo, si ex defectu custodię damnum aliquod in bonis Domini contigerit, cui ipse potuerit obuiare, non tenebitur, nisi ad summum ex charitate &c. Consequentia probatur, quia, nisi ex illo vinculo tenetur, ex quo obligatur, ergo, cum obligetur solummodo ex charitate &c. Non negauerim tamen in foro saltem externo in ea suppositione maximam esse præsumptionem cooperationis ad damnum, cum ex vi famulatus videatur quadam maiori vi impelli ad impediendum, adeoque.

Non tenetur, nisi ex vinculo, quo ligatur.

PRÆNOTIO X.

An ex eodem obsequio pluribus insolidum locato possint percipi plura integra stipendia.

SVMMARIVM.

Status quæstionis, & articuli examinandi. 1.
Ex eodem obsequio, si æquè sit proficuum singulis, ac si pro vnoquoque illorum singillatim impenderetur, potest famulus, Aduocatus, vel Medicus illud locando singulis insolidũ, à singulis recipere integrum stipendium. 2.
Respondetur aduersantium obiectis. 3.

PVlchra, notabilis, & vtilissima est hæc quæstio, vtpotè quæ viam aperit multis difficultatibus, quæ crebrò in praxi occurrunt, quæque non modicum Doctorum fatigant ingenia in decidendo. Sensus præcipuè hic est. Locauit quis operam suam

1 Francisco ad reducendum ipsius equum Mediolano Bononiam facta conuentione de certo stipendio, puta sex scutorum Mediolanensium; Accidit, vt Antonius suum equum etiam Bononiam remittere deberet. Hic oritur controuersia, an possit simul, & semel eidem Antonio locare suam operam ad reducendum ipsius equum facta conuentione de simili pretio, adeo vt pro eodem itinere consequatur duplex adæquatum stipendium. Hoc idem, quod inquiritur de famulo locante suam eandem operam duobus pro reductione equorum eorundem, inquiri etiam potest de Aduocato locante suam operam in profectione ad Vrbem Romanam duobus ad defendendam vtriusque causam, quantum ad effectum itineris, adeo vt ab vtroque possit exigere integrum stipendium, atque de Medico, alijsque his similibus.

Facti series, & rationes dubitādi.

Proponit hanc difficultatem, & latè examinat *Lessius lib. 2. de iust., & iur. c. 24. de loc., & conduct. dubit. 5. per totum*, vbi propositis pro vtraque parte rationibus secundum varias acceptiones, distinctiones, & restrictiones varie materiam discutit, decernit, & definit. Potior ratio dubitandi in eo consistit, quod in vnoquoque contractu attendenda est æqualitas rei ad rem, secundum quod res in suo esse valet; illud autem obsequium secundum se consideratum non tanti valet, vt adæquet duplex, vel triplex stipendium; neque obesse potest, si afferatur, quod, licet secundum se non tanti valeat, tanti tamen valeat relatiuè ad conductores, respectu quorum tantam confert in ordine ad vnumquemque vtilitatem, ac si pro singulis eorum priuatiuè quoad alios impenderetur; sicuti igitur pro tali obsequio præscindendo ab alio vnusquisque tale stipendium impenderet, ità etiam impendere debet, si alij tali obsequio gaudeant, quia gaudimentum alterius non tollit, quin ipse perfectè gaudeat; non, inquam, obesse potest, quia ex vtilitate, quæ consequitur in alio, non acquirit concedens aliquod ius acquirendi aliquid supra valorem rei concessæ; sic certè mutuum confert vtilitatem quandoque maximam mutuatario, nec propterea ex vi illius vtilitatis mutuans vltrà sortem acquirit aliquod ius aduersus eundem mutuatarium. His tamen non obstantibus sit

Ex vtilitate, quæ in altero contrahente cōsequitur, non acquirit ius concedēs acquirēdi maius pretium.

2 Assertio. Si illud obsequium æquè sit proficuum singulis, ac si pro vnoquoque illorum singillatim impenderetur, famulus, Aduocatus, vel Medicus illud locando singulis insolidum, potest à singulis recipere integrum stipendium *Lessius loc. cit., Molina tract. 2. de iust. disp. 419.*

Probatur primò, ex ijs, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs 1. Disq. 1. §. 8. num. 2.*, nempè posse exigi duplicem prouisionem exequendo idem negotium in fauorem duorum, ergo etiam poterit exigi duplex stipendium ob idem obsequium proindè locādum duobus, quando vtrisque est æque proficuum. Consequentia tenet, quia, si idem munus potest esse meritorium duplicis prouisionis, cur idem obsequium non potest esse meritorium duplicis stipendij, si vtrique sit æquè proficuum? Confirmatur ex ijs, quæ dicta sunt *dict. tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. prænot. 2. nu. 2. vers. probatur secundo exemplo.* Si quis teneatur de vno loco in alium transferre equum proprijs expensis, si inueniat, qui velit talem equum cōducere pro illo loco, ad quem est remittendus, potest cum eodem de iusto pretio conuenire, sicque duplex quodamodo emolumentum sortitur, alterum, quo vitat expensas in remissione faciendas, si talem conductorem non inuenisset, alterum pretij, quod ab eodem conductore ratione locationis acquirit *Salas de cambijs dub. 11. nu. 2., Molina tract. 2. de iust. disp. 40., Bartholomæus Medina in summ. c. 14. n. 24.*, ergo etiam, si quis insolidum duobus suam operam locet, poterit duplex stipendium exigere; Ratio autem fundamentalis horum omnium ea est, quia talis vsus, qui conceditur in paritatibus præallegatis est secundum se meritorius talis mercedis, quantumuis ex illo consequatur etiam aliud vtile ipsi locanti, quod certè non diminuit de æstimatione, quam ipse vsus habet in ordine ad eum, cui talis vsus conceditur, sed ex eo etiam, quod illud obsequium præstetur in fauorem alterius, non minuitur æstimatio vsus in ordine ad alterum, cui conceditur, siquidem tantum esset erogandum, si pro ipso solo illud obsequium esset præstandum, nec tamen quid magis haberet, ac habeat, dum etiam impenditur in fauorem alterius &c.

Ex eodē cambio duplex potest exigi prouisio.

Paritas valdè accomoda ad rem nostram.

Non minuitur æstimatio vsus in ordine ad vnum, quātumuis alteri præstetur.

Probatur secundò. Si quis Romam profecturus ad sua negotia obeunda alium inueniat, qui, cum velit illuc mittere ob alias suas causas, etiam si ex propria causa non esset profecturus, potest ab eodem exigere integram mercedem, vt de communi testatur *Lessius dict. lib. 2. c. 24. dub. 5. num. 29. vers. probatur primo*, ergo etiam, si sit profecturus ad alterius negotia obeunda, potest ab alio, qui vult eum illuc mittere, exigere integram mercedem illius profectionis. Consequentia probatur, quia ex eo, quod illuc ire debeat, vel ex propria, vel ex aliena causa, parum referre debet ad eum, qui mittit ex propria causa, nec minuit æstimationem illius obsequij in ordine ad ipsum ex eo, quod etiam, vel in fauorem ipsius obsequentis, vel alterius impendatur.

Alio exemplo, & paritate euincitur.

3 Nunc ad id, quod afferebatur in ratione dubitandi, in quo tota bases est difficultatis respondēdum est, æqualitatem sumendam esse

esse

Æqualitas sumitur per ordinem ad id, quod quis dat, & alter recipit, non præcisè secundũ quod res est in se.

esse secundum id, quod quis dat ad id, quod accipit, non præcisè secundum, quod res est secundum se, opus autem, quod præstat conductor in ordine ad vnum, vtique in ordine ad ipsum habet æqualitatem ad illam mercedem, quam ipse soluit, cum pro tali obsequio tantum deberet soluere cuicunq; alteri conductori, quod idem dicendum est de eodem opere in ordine ad alterum conductorem, vt per se patet, non enim, vtsupra innuebamus, ex eo, quod illud opus impendatur etiam in fauorem alterius, sequitur, quod hic, in cuius etiam fauorem impenditur, minus recipiat, quod deindè sit vnum, & idem opus non officit, quia æquè applicatur singulis in solidum, hocque prouenit ex natura eiusdem operis, & conditione operantis ex eo, quod sit pluribus applicabile sine diminutione valoris in singulis; vndè merito docet, *Lessius d. cap. 24 dub. 5. n. 29. vers. ad primum*, quod, si per impossibile vna, & eadem res duobus, vel tribus posset tradi insolidum, posset omnibus vendi, & à singulis exigi integrum pretium, quia in ordine ad singulos seruaretur æqualitas dati ad acceptum, nec vnus minus acciperet ex eo, quod res illa sit etiam alteri tradita. Cum igitur hæc sit conditio operis personalis, vt possit ęquè pluribus applicari, & æquè omnibus prodesse, non est, cur, si omnibus applicetur, & omnibus prosit, non possit à singulis exigi integra merces; neque hoc est præcisè recipere maius stipendium ex alterius vtilitate, cui applicatur illud obsequium, sicuti contingeret in mutuo, si aliquid vltra sortem reciperetur; non, inquam, hoc esset, quia reciperet ratione operis collati per locatorem, quod secundum se est meritorium stipendij, cuius non est meritorium ipsum mutuum, cum hoc debeat esse omninò gratuitum; Deindè illud opus, prout applicatur pluribus, debet attendi non præcisè secundum se, sed secundum suas qualitates annexas, nempè secundum diuersas obligationes respectu eiusdem locatoris, ratióne quarum potest esse magis meritorium, nam, si vnus contractu deficeret, adhuc ad illud opus teneretur ratione alterius.

Si per impossibile eadẽ res posset pluribus tradi, posset singulis vendi.

Ex quibus omnibus habes, quid respondeas ad illas instantias, quibus dicitur, quod eadem res non possit duobus vendi, & a singulis integrum pretium exigi, adeoque nec pluribus multiplicata mercede locari, vel quod, si posset duobus simul locari, posset etiam pluribus, puta decem, vel duodecim, sicque locator exiguo labore statim ditesceret, & vtique licitè, quod non videtur dicendum. Habes, inquam, quid respondeas, & quidem ad primam, eandem rem non posse pluribus vendi in solidum accepto à singulis iusto pretio, quia non est æquè transferibilis in illos; vndè, si supponas, quod res illa per Diuinam Omnipotentiam replicaretur, non viderem, cur non posset pluribus vendi, cum posset in plures transferri. Ad secundam non video, cur, si per illud ministerium posset æquè singulis prodesse, non posset à singulis mercedem recipere; quod deindè ex hoc ditescat breui temporis interuallo sine magno suo incommodo, hoc non officit, quia est ex conditione, vel industria operantis, vndè negotiatores profecturi ad aliquod negotium regulariter inquirunt, quod plura sibi obueniant in aliorum vtilitatem peragenda, vt indè emolumenta maiora percipiant.

Dispar ratio de venditione rei, & de locatione operis.

Ad eludenda plura, quæ aduersus assertionem possent obijci, aduertere operæ pretium est, quod ad exigendum integrum stipendium à singulis illud opus debeat esse æquè vtile singulis, vt in ipsa assertione innuebamus, nam si minus esset proficuum singulis, merces non posset, nisi ad ratam percipi à singulis; defectu huius conditionis sequitur primò, quod, si quis conuenerit cum aliquo de ineunda peregrinatione pro eodem ad Sacrosancta loca Redemptionis nostræ cum onere solutionis centum nummorum aureorum, non possit ab alio integram aliam mercedem exigere, quia peregrinatio pro multis assumpta non æquè prodesset singulis; Secundò, quod in sententia satis communi, quod Sacrosanctum Missæ Sacrificium, prout à Sacerdote applicatur, sit valoris dumtaxat finiti non possit adæquatum stipendium à pluribus pro eodem sacrificio exigi, quia fructus diminueretur in singulis. Vlterius aduertendum est, quod ad exigendum a pluribus pro eodem opere integrum stipendium illud opus debeat obligari pluribus insolidum, adeò vt locator debeat eandem operam impendere æquè pro omnibùs, & singulis, & ita pro vno, ac si pro ipso solo deberet impendi alijs non concurrentibus, quod idem dicendum est in ordine ad alios primo non concurrente. Defectu huius conditionis ordinarius nuntius non potest à singulis pro delatione litterarum tantum exigere, quantum ab vno exigeret, si illi soli suam operam obligaret.

Peregrinatio pro pluribus inita non ęque prodest singulis.

PRÆNOTIO XI.

De Causa materiali locationis, & Conductionis.

SVMMARIVM.

Regula, quod omnia possint locari, quæ possunt vendi, non est generalis. 1.
Facultas exigendi annuos census secundum se locari potest. 2.

Dummodò locatio non fiat venditori census. Ibid.

Annui redditus secundum se locari possunt seruatis conditionibus quoad Ecclesiasticos. 3.

Oblationes Altaris, prout sunt res materiales, corporeæ, quæ non sunt ipso vsu consumptibiles, locari possunt, secus, si sunt vsu consumptibiles. 4.

Oblationes, prout important nudum ministerium exigendi ea, quæ offeruntur, non nomine proprio, sed eiusdem Ecclesiæ propriè non locantur, sed potius conducitur minister ad exigendum. 5.

Ius exigendi illas oblationes potest conduci. 6.

Exceptiones ad idem. Ibid.

Oblationes, prout dicunt ius quoddam exigendi nomine proprio easdem, vt sunt Altaris, & Ecclesiæ, non possunt locari. 7.

Gabellæ iustè, & licitè possunt locari. 8.

Quomodo præsumendum sit, quod gabellæ fuerint venditæ, vel locatæ. 9.

Si in concessione Princeps dixerit concedere gabellas ad decem annos pro pretio decem millium aureorum in singulos annos sine expressione venditionis, vel locationis præsumitur pro locatione. 10.

Item, si dixerit locare Gabellas ad certum tempus pro certa mercede soluenda singulis annis. 11.

Non item, si dixerit vendere gabellas ad tantum tempus pretio decem millium aureorum in singulos annos soluendorum. 12.

Si dixerit vendere, & locare gabellas ad decem annos pro decem millibus in singulos annos præsumendum est pro locatione. 13.

Per concessionem vectigalium transfertur in conductorem vsusfructus iuris ad dicta vectigalia, vel facultas ipsa exigendi. 14.

Conductoribus vectigalium interuenientibus debitis causis facienda est remissio. 15.

Quænam personæ prohibeantur gabellas conducere. 16.

Pecunia, & res, quæ vnico actu consumuntur non possunt propriè locari, si secundum se sumantur. 17.

Res vsu consumptibiles adiectæ non consumptibilibus dicuntur propriè locari. 18.

Res aliena potest per conductorem sublocari. 19

Res aliena bona fide possessa, vt sua potest locari, si tamen cognita alienitate à vero domino euincatur, tenetur locans ad id omne, quod eidem interest, quod non fuerit reuocata. Ibid.

Res pluribus communis omnibus consentientibus potest locari. 20.

Pluribus consentientibus altero dissentiente, si versemur in prædio vrbano solito locari, præferendi sunt consentientes, & fit locatio. Ibid.

Omnibus consentientibus locationi, sed vno volente locare vni, altero alteri, si sit æqualis vtriusque conducere volentis conditio per sortes, vel per Iudicem dirimenda est quæstio. Ibid.

Honesta persona in concursu inhonestæ præferenda est. Ibid.

Pluribus volentibus locare vni, & altero ex condominis volente portiones aliorum conducere ipse præferendus est. Ibid.

Si res communis commodam patiatur diuisionem vnusquisque remanet in sua libertate. Ibid.

Concurrente vno ex locatoribus proponente personam honestam, & altero proponente inhonestam, sed cum maiori lucro, præferendus est proponens honestam. 21.

Habens ius in illa re est præferendus, ni alter maiorem offerat pensionem. 22.

Conduci non potest res propria, si Dominus ignoret rem esse suam. 23.

Conducens scienter rem suam amittit illius possessionem. 24.

Sciens se possessorem, & ignorans se esse dominum non perdit conducendo possessionem. 25.

Ius patronatus simul cum bonis locari potest, non per se ipsum. 26.

Res Ecclesiasticæ immobiles, seu mobiles pretiosæ nequeunt locari vltra tempus à iure præfinitum. 27.

Vsusfructus iuris potest locari. 28.

Operæ ad peccandum licitè locari non possunt, locatæ habere possunt mercedem. 29.

INcipimus iam causas huiusmodi contractus examinare, & quidem incipiendo ab intrinsecis præponimus causam materialem, quæ est subiectum cæterarum, cum in ipsa subiectetur formalis, & efficiens circa ipsam operetur. Nomine autem causæ materialis in præsenti intelligimus res illas, iura siue realia, siue personalia, quæ locari possint, seu cadere sub contractu locationis.

Statuunt Doctores generalem hanc regulam, quod ea omnia possint locari, quę possunt vendi, prout communitèr deducunt ex *l. 1. §. 10. talia ff. locati*, loquentes quantum est ex natura talium cōtractuum non quantum est ex dispositione iuris, nam aliqua possunt locari, quæ non possunt vendi, qualia sunt bona pupillorum, & minorum, & etiam bona dotalia, vt expressè docent omnes iuris interpretes, & Theologi, & aliqua possunt vendi, quæ nō possunt locari, qualia sunt seruitutes prædiales, vt viæ, & subiectiones prædiorum iuxtà textum *in l. locare ff. locati*, & domus vicina domui magistri, quæ non potest locari fabro, aut alteri magistro *l. vnica C. de stud. lib. verb. Rom. l. 1. de stud. lit.*, quod tamen videtur contraria consuetudine abrogatum.

1 Assignatur regula generalis pro rebus, quę locari possunt.

Sed hanc regulam non solum attenta dispositione iuris, sed etiam attenta natura eorundem contractuum generalem non arbitror, quandoquidem dominium plenum

num poteſt abſolutè vendi *l. ſi cum manuſata ff. de contrah. empt.* non tamen locari, cum de ratione locationis ſit, quod proprietas rei maneat penès locatorem, & ſolum vſus transferatur in conductorem. Rurſus poteſt ex genere ſuo vendi dominium directum relicto vtili ipſum poſſidenti, nec tamen dominium directum poteſt locari *Ognate tract. 25. de locatione ſect. 4. n. 49.* Quamobrem ea dumtaxat locari poſſe exiſtimo, quæ quoad vſum, vel quoad factum poſſunt eſſe proficua ei, in cuius fauorem transferuntur, niſi ex diſpoſitione iuris, vel ex natura ſua non ſint transferibilia.

Hæc tamen regula non eſt generalis.

Adminiſtratio ſimplex locari nō poteſt.

Ex quibus fas erit deducere primò, ſimplicem adminiſtrationem locari non poſſe. Ratio eſt, quia ipſa adminiſtratio ſecundum ſe ſumpta non eſt proficua conductori, ſed potius onerosa, vnde potius adminiſtratores pretium pro illo onere recipiunt quam erogent, cum ſint potius locatores ſuarum operarum, quæ requiruntur in illa adminiſtratione, quam conductores rei adminiſtrandæ.

Nec ſimplex ſeruitus prędialis.

Secundò, nec ſeruitutem prædialem per ea, quæ ſupra innuimus ex textu *in l. locare ff. locati* locari poſſe, quod tamen intelligendum eſt reſpectu eius, qui non habet dominium fundi, in quo ſupponitur illa ſeruitus, & ratio eſt, quia ſeruitus ipſa eſt ius in re, ſeu adhærens rei, vndè, qui non habet dominium prædij dominantis, nec habet ſeruitutem transferibilem *Accurſius in gloſa in d. l. locare ff. locati, Veron. de ſeruit. ruſtic. præd. c. 1. col. 2. verſ. item locare.* Non negauerim tamen, quod, ſi ſimul cum ſeruitute locatus fuerit fundus, poſſit fieri ſublocatio, vt optimè notat *Port. in §. 1. nu. 3. inſtit. de vſu, & habit.*

Rationes ſpeciales dubitandi.

Ijs igitur tanquam generalibus ſuppoſitis ad ſingularia nunc deſcendendo inquiremus; primò, an cenſus locari poſſint. Secundò, an annui redditus. Tertiò, an oblationes Altaris. Quartò, an vectigalia, & reſpectu quorum. Quintò, an res, quæ vſu conſumuntur. Sextò, an columbaria. Septimò, an res aliena. Octauò, an res communis. Nonò, an res propria. Decimò, an pecunia. Vndecimò, an ius patronatus. Decimoſecundò, an res Eccleſiaſticæ. Decimotertiò, an vſusfructus. Decimoquartò, an operæ ad peccandum, & alia his ſimilia. Incipiendo igitur a primo ſit

2 Aſſertio I. Facultas exigendi annuos cenſus ſecundum ſe locari poteſt *Ruinus conſ. 150. num. 2. vol. 1., Carocius part. 3. q. 17. de cenſibus* dummodo tamen locatio non fiat ipſi venditori cenſus.

Tale ius eſt proficuū conductori.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia nihil deeſt facultati, quam quis habet, exigendi annuos cenſus, quominus locari poſſit, ergo &c. Antecedens probatur, quia tale ius eſt valdè proficuum, ſeu eſſe poteſt conductori, quandoquidem ex eodem æquè exigit ciuiles fructus, ac exigantur naturales a prædijs, & induſtriales a perſona; Neque obeſſe poteſt, quod dominium rei cenſui ſubiugatæ non ſit penès ipſum cenſuarium actiuum, ſeu penes locatorem, adeoque &c. non, inquam, obeſſe poteſt, quia, quantumuis apud ipſum non ſit dominium directum, eſt tamen dominium vtile, ſeu ius exigendi fructus ab eodem fundo cenſuato, quod ſufficit, vt videbimus infrà de ſublocatore; Quod, ſi dixerimus, ſeruitutem prædialem locari non poſſe, quia locans non habet dominium prædij dominantis; hoc euenit, quia habens præcisè ſeruitutem non habet, nec dominium directum, nec vtile in illo prædio, quod ſecus euenit in caſu cenſuarij actiui, qui, ſi non habet dominium directum, habet tamen vtile per ea, quæ docuimus *tom. 1. ſub tit. Contractus IV. de emphyth., & cenſibus ſparſim per prænot., & §.*

Dices ex ijs, quæ dicta ſunt *dict. tom. 1 ſub tit. Contractus IV. de emphyt., & cenſibus prænot. 12. n. 11.*, nempè cenſum habere in re cenſuata potius rationem realis ſeruitutis, quam alterius rationis, ſed reales ſeruitutes per ſuperiùs dicta non poſſunt locari, ergo neque cenſus. Sed contra, quia, quę ibi dicta ſunt, non ſtant abſolutè, ſed dumtaxat comparatiuè, quatenus dictum eſt, quod res ipſa cenſuata habeat potius rationem realis ſeruitutis, quam hypothecæ, cæterum in eiſdem quæſtionibus dictum paſſim fuit, emptorem cenſus potius emere partiale dominium vtile, ſeu ius ad fructus partiales in eadem re, quod ſatis eſt ad conſtituendam reſpectu alterius locationem.

Alibi dicta non ſtant abſolutè, ſed comparatiuè.

Ratio ſecundæ partis ex eo deducitur, quod, vt infra videbimus, nemo poteſt eſſe conductor rei propriæ iuxta textum *in l. neque pignus ff. de reg. iur.*, ſed, ſi eidem venditori cenſus fieret locatio, idem eſſet conductor rei propriæ, quandoquidem res illa cenſui ſubiugata adhuc remanet ſub dominio ipſius, ergo &c. Neque obeſſe poteſt, ſi aſſeras, quod, quamuis dominium directum remaneat penes ipſum, non tamen dominium vtile, dominium autem vtile ex dictis in præcedenti prima parte eſt ſecundum ſe locabile, &, ſi in ordine ad tertiam perſonam, cur non in ordine ad ipſum venditorem? cum hoc per conſtitutionem cenſus non amplius apud ipſum remaneat; Non, inquam, obeſſe poteſt, quia in rigore dominium vtile non eſt translatum in emptorem cenſus, ſed dumtaxat, prout importat quoddam ius percipiendi ad ratam fructus, vndè, ſi dominus acquireret illud ius per pecuniam non ſoluendi fructus eſſet potius redemptio illius oneris, quam locatio.

Dominiū vtile non eſt translatum in emptorē cenſus.

Aſſertio II. Annui redditus ſecundum 3

ſe

ſe locari poſſunt; cum hac tamen limitatione quoad redditus Eccleſiaſticos, vt locari nequeant vltrà triennium. Quoad primam partem eoſdem habet patronos, quos prima præcedens aſſertio, quoad ſecundam *Marian. in tract. oblat. col. 14., Tiraq. de retrac. lign. § 1. gloſ. 6. de min., Bellamer conſ. 23. n. 10. Roland. conſ. 54. n. 9. lib. 2., Iacob. Menoch. conſ. 29. n. 16. n. 1., Dom. Simoncel. de decret. lib. 3. tit. 8. inſpect. 7. in fin. de adminiſt. Ciuit., Bartol. in l. fin. C. de vendit. rer. ad ciuit. pert. lib. 11.*

Ratio primæ partis deducitur ex ijs, quæ dicta ſunt in prima parte præcedentis aſſertionis; habent enim huiuſmodi redditus omnia iura, & rationes, ob quæ, ſeu quas poſſunt ſubſtitui contractui locationis.

Annui redditus computantur inter immobilia.

Ratio ſecundæ partis ex eo deducitur, quia huiuſmodi annui redditus, ſi ſint perpetui, vel ad longum tempus computantur inter immobilia *Marian., & Doctores præallegati*, ſed bona immobilia Eccleſiaſtica locari nequeunt vltrà triennium *Paulus II. in extrauag. Ambitioſæ, & in Clem. 1. de reb. Eccl. non alien., Redoan. de reb. Eccl. non alien. q. de immob. rer. alien. ſub n. 28.* ergo &c.

Aſſertio III. Iuxtà varios ſenſus, ſecundum quos oblationes Altaris conſiderari poſſunt, quandoque poſſunt locari, quandoque non. Singulos expendo.

4 Primò igitur conſiderari poſſunt huiuſmodi oblationes, prout ſunt quædam res materiales, corporeæ, deſtinatæ tamen ex voluntate offerentium ad vtilitatem Eccleſiæ, vel Altaris, & tunc adhuc diſtinguendum eſt, vel enim tales res ſunt ipſo vſu conſumptibiles, vel non; ſi ſint res materiales, corporeæ, & prophanæ, & vſu non conſumptibiles; tunc abſolutè crederem in vtilitatem eiuſdem Eccleſiæ poſſe locari conuenta certa mercede; ſi verò ſint materiales prophanæ, & ipſo vſu conſumptibiles; tunc probabilius eſt, non poſſe propriè locari. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia nullum poteſt eſſe ius vetans huiuſmodi locationem; non ipſa natura rei, quæ ſecundum ſe præſupponitur pretio æſtimabilis, & ex ipſo vſu fructuum productiua, non mobilitas eiuſdem rei, quia æquè res mobiles, ac immobiles locari poſſunt; non ipſa oblatio facta Altari, ſeu Eccleſiæ, quandoquidem ea non obſtante huiuſmodi res vendi abſolutè poſſunt, ſi nō ſint precioſæ, ergo etiam poſſunt, locari; Deindè aliæ res, quantumuis immobiles, & Eccleſijs dicatæ, ſi ſint materiales, locari poſſunt ſaltem ad triennium, vt eſt inconfeſſo apud omnes, ergo etiam huiuſmodi res, quantumuis Eccleſiæ oblatæ poterunt locari, & quidem etiam laicis, vt ex ſe patet. Ratio ſecundæ partis ex eo deducitur, quia in ijs, quæ ipſo vſu conſumuntur, vſus non diſtinguitur à dominio, ſicque non poſſunt concedi ad vſum, quin ſimul dominium

Æquè res mobiles, ac immobiles locari poſſūt.

Res Eccleſiæ quācumuis immobiles locari poſſunt.

In vſu cōſumptibilibus vſus non diſtinguitur à dominio.

transferatur, quod eſt contra naturam locationis, vt patet ex ſuprà dictis. Deindè res ipſo vſu conſumptibiles non poſſunt commodari, niſi ad pompam, & oſtentationem *l. ſed mihi videtur §. vlt. ff. commodati*, ergo, nec poterunt locari, niſi ad ſummum ad pompam, & oſtentationem.

Secundò, poſſunt conſiderari huiuſmodi oblationes, prout dicunt nudum miniſterium alicui communicatum ad exigendas tales oblationes Eccleſiæ, ſeu altari faciendas, non quidem nomine proprio, ſed nomine eiuſdem Eccleſiæ, & ſic non eſt propriè locatio oblationum Eccleſiæ, ſed potius locatio operarum eiuſdem miniſtri in ordine ad eaſdem oblationes recipiendas, ſicque ipſe potius eſt locator, ſeu conductus. Quod, ſi ſupponas, quod ipſe ab Eccleſia conduxerit ius illas percipiendi, & pro illo iure ſoluat conuentam, & determinatam mercedem, ea proportionali ratione, qua Gabellarij quandoque conducunt à Principe ius exigendi vectigalia ſoluto certo, & determinato pretio, prout infrà latè dicemus, tunc non incongruè aſſererem, quod, ſi huiuſmodi oblationes non eſſent de re ſacra, & non fierent ſuper Altari, poſſent locari etiam laico, dummodo tamen locatio non extenderetur vltrà triennium, atque iuxta hunc ſenſum ſentire exiſtimo *Panormitanum, & Aret. in cap. 2. de iud. Deci. conſ. 148. in 2. dub., Roman. conſ. 266.* Ratio ex eo deduci poteſt, quia aliæ res Eccleſiaſticæ immobiles nemine diſcrepante locari poſſunt ad triennium conuenta certa, & determinata mercede, vt colligitur expreſsè *ex Conſtit. Pauli II. Incip. Ambitioſæ de rebus Eccl. non alien.*, ergo etiam ius ad illas oblationes temporales, & non ſacras poterit pro certa, & determinata mercede locari, dummodo locatio non extendatur vltrà triennium. Conſequentia tenet, quia ius illud ad oblationes temporales computatur inter iura immobilia temporalia. Dixi, *ſi huiuſmodi oblationes non eſſent de re ſacra*, prout optimè adnotauit, *Marian. in tract. oblat. lib. 19.*, quia ſecus illa locatio eſſet ſimoniaca, ſi fieret pro re pretio æſtimabili. Dixi, *& non reciperet ſuper Altari*, prout notauit *Archi-Diac. in c. ſanctorum 10. qu. 1. Barac. in c. Eccleſia Sancta Mariæ col. 2. de conſtit.*, non enim congruum videtur, quod laicus munera exerceat, quæ ſunt propria Eccleſiæ, atque iuxta hunc ſenſum procedit *c. hanc conſuetudinem 10. qu. 1.*

5 Nudum miniſterium locari non poteſt, ſed potius cōductor.

6

7 Tertiò, poſſunt conſiderari, prout dicunt ius quoddam exigendi nomine proprio oblationes Altaris, ſeu Eccleſiæ, & hoc modo non videntur licitè poſſe locari *Ludouicus Roman. ſing. 664., Ripa in c. decernimus n. 55. de iudic., Albericus in l. ſtatua ff. de vſufruct., Arnol. probl. 80.*, quia laici non viden-

Oblationes facta imagini existenti in muro non cedunt Domino muri.

videntur capaces exigendi nomine proprio oblationes spirituales, seu Ecclesiæ destinatas, vndè communitèr docent, quod oblationes factæ alicui imagini existenti in muro alicuius laici non debent applicari laico Domino muri, ex quo incapax est, *Alexander ad Bartolum in l. lege Iulia §. 1. ff. ad leg. Iul.*, *Panormitanus*, *& alij in c. pastoralis de ijs, quæ fiunt à maior. part. cap. Maluet. de oblat. in 3., & 4. dub.*

8 Assertio IV. Gabellæ iustè, & licitè possunt locari, *Panormitanus in cap. innouamus de cens. Bertach. in tract. de Gabel. q. 9.*, *Siluester in verb gabella 3. q. 8.*, *Ioannes Medina in lib. 6. de contract. quæst. 13.*, *Alphonsus à Castro lib. 1. de potest. leg. pæn. qu. 11.*, *Sotus de iust., & iur. qu. 6. art. 7.*, *Coaruuias in reg. peccatum part. 2. §. 5. num. 5.*

Gabella debet esse iustè imposita per Principẽ.

Procedit assertio in suppositione, quod Gabella sit iustè, & legitimè imposita scilicet per Principem habentem legitimam potestatem, & ex iusta causa ob bonum publicum, vel Principis, vndè cessant ea, quæ adducuntur *ex c. quanquam de censibus lib. 2.*, *& ex Bartolo in l. publicani*, *& in l. vectigalia de publican.*, quod scilicet fraudantes gabellas non teneantur Deo, nec hominibus; hæc æetenim procedunt, quando gabella est imposita sine iusta causa. Procedit item quantumuis esset imposita pœna temporalis contra transgressores. *Dominicus à Sancto Geminiano in c. perpetuæ notab. 6., & in cap. commissa in secundo notab. de elect. in 6.*, *Glos. in cap. 2. de constit. lib. 6. in verb. sententijs*, *Felinus in c. concupiscentiam in 1. lect. de constit.*

Gabellæ computantur inter iura & bona immobilia.

Probatur iam assertio, quia in iure ad huiusmodi gabellas iustè, & legitimè impositas adsunt omnia, quæ conferre possunt ad naturam, & substantiam locationis, ergo huiusmodi gabellæ possunt iustè, & legitimè locari. Antecedens probatur, quia illud ius computatur inter iura realia immobilia, & vtique est maximè fructiferum, cum sit in ordine ad fructus ciuiles, qui indè legitimè hauriuntur, ergo habet hoc, quod requiritur ad naturam locationis, vt remanente dominio apud locatorem possit pro certa mercede transferri vsus in conductorem.

Hic oritur difficultas, cum sæpè contingat, quod in concessione huiusmodi gabellarum, seu iuris ad easdem dicatur in celebratione instrumenti aliquando vendi per Principem huiusmodi gabellas, & aliquando locari, ità vt videatur vtrumque quodamodo pro eodem accipi, quandonam, & quomodo intelligatur facta venditio, & quandonam præcisè facta locatio? Non inutilis certè est hæc quæstio, quandoquidem viam aperit ad inuestigandum, an ex causa sterilitatis, vel simili facienda sit remissio, si enim ius ad gabellas huiusmodi intelligatur propriè venditum nulla esset facienda remissio *Castrensis in l. 2. §. ff. locati*, *Alexander ad l. quis ante num. 9.*, *& ibi Iason. n. 16. ff. de acquir. possess.*

Finis præsentis dubitationis

Opinio asserens præsumendum esse ex vario modo soluendi pẽsiones.

Communior sententia docet arguendum esse, vel pro venditione, vel pro locatione ex conuentione solutionis faciendæ; si etenim solutio facienda est semel pro multis annis venditio censenda est, si verò solutio diuidenda sit in singulis annis, censenda erit 9 locatio, *Bartolus in l. cotem §. qui maximos ff. de publican.*, *& in l. 1. §. in fin. ff. de super. ficieb.*, *Iason. in l. 1. C. de iur. emphyt.*, *Baldus in l. licet qu. 5. C. locati in addit. ad Specul. in eodem tit. §. 1.*, *Castrensis in l. 2. §. 1. ff. locati*, *Alexander cons. 3. lib. 1.*, *& cons. 108. lib. 3.*, *Glosa in l. 2. C. de iur. emphyt.*, *Immola in c. propter sterilitatem n. 33. de locat.*, *Anchar. an. cons. 402. col. 2.*, *Iacobus Menochius de retinend. possess. rem. 4. num. 19.*, *& de præsumpt. lib 3. præsumpt. 104.*

Nihilominus secundum varias acceptiones, & restrictiones respondendum esse 10 existimo; vel enim in concessione dictum fuit, Princeps concessit Caio gabellas vsque ad decem annos pretio decem millium aureorum pro singulo anno nulla facta expressione, vel venditionis, vel locationis, & tunc præsumendum est pro locatione *Ripa in tract. de peste in tit. de priuileg. contractuum num. 54.*, *Boerius in q. 249. num. 11. vers. primus casus*. Ratio autem præsumptionis ea est, quia quando sunt conditiones, quæ æque compati possunt cum vno, vel cum altero contractu, semper præsumendum est pro contractu, qui magis consuetus est, & minus officit concedenti, talis autem est contractus potius locationis, quam venditionis.

Præsumendum est pro parte minus noxia cõcedenti

Vel in concessione dictum fuit, quod 11 Princeps locauit Caio gabellas vsque ad certum determinatum tempus pro certa mercede soluenda singulis annis, & tunc à fortiori sentiendum est pro locatione *Iacobus Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 104. num. 2.* Ratio est, quia in hac hypothesi interueniunt omnes conditiones, quibus saluari potest natura locationis, & mens contrahentium expresè ad talem contractum restringitur, ab expressa autem contrahentium mente non est recedendum *l. non aliter ff. de leg. 3.*

Sunt omnes cõditiones locationis.

Vel in concessione dictum fuit, Princeps 12 vendidit Caio Gabellas ad tantum tempus pretio decem millium aureorum in singulos annos soluendorum, & tunc non obstante talis venditionis nomine adhuc præsumendum est pro locatione; conueniunt communitèr *Bartolus in l. cotem ferro §. qui maximos n. 2. ff. de public.*, *& vect.*, *Signorolus in consil. 22. num. 12.*, *Immola in cons. 7. in princip.*, *Bertachinus in tract. de gabel. in l. 1. q. 2. part. princip. col. 1.*, *Salicetus in l. 1. col. 3. vers.*

verſ. vnum tamen C. de iure emphyt., *Fabianus de Monte in tract. de empt.*, *& vend. q.2. principal. nu.24*, *Ripa in d.tract. de peste tit. de priuilegys contractuum num.56.*, *Tiraquel. de retract. consangu. §.32. in gloſ.1. num.36.*, *Boſſius in tract. cauſarum crimin. in tit. de remiſs. merced. publicanorum num.5.*, ſed communiter non conueniunt in probatione. Probant aliqui ex eo, quod in illo contractu conſtituta ſit merces annua, hoc eſt in ſingulos annos, quod ex genere ſuo importat locationem, non venditionem, *Gloſ. in l.1. verb. alienationis*, *& ibi Bartolus*, *& Iaſon nu.23. C. de iur. emphyt.* Sed merito hanc rationem impugnant *Immola in l. cotem ferro §. quam maximos ff. de public. & vectig.* *& Ripa in tract. de peste tit. de priuil. contractuum num.42.*, quia nulla eſt repugnantia, quin vendi poſſit perceptio fructuum ad plures annos, quantumuis ſolutio ſit non tota ſimul ponenda, ſed in ſingulos annos diſtribuenda. Nec allegata Gloſa aliquid euincit contra nos, quandoquidem ibi erat dubium, an eſſet locatio, vel venditio, cum nec venditionis, nec locationis fieret expreſſa mentio, & propterea conſiderata illa qualitate diſtributionis mercedis per ſingulos annos coniecturalitèr dixit præſumendum eſſe pro locatione. In hypotheſi autem, de qua loquimur, in conceſſione habetur expreſſa mentio venditionis, quæ, cum ſtare poſſit cum illo pretio annuatim ſoluendo, non eſt, cur de illa propriè ſumpta diſpoſitio non debeat intelligi; verba enim in contractibus non ſunt deflectenda in impropriam ſignificationem, quando propriam habere poſſunt non repugnantem naturæ illius contractus *l. intereſt ff. de ſolut.*, vndè conformitèr ad hoc benè ſcripſit *Dec. in auth. ex teſtamento col 3. verſ. ſed certè C. de coll.*, *& Oldr. in conſ. 159.*, quod, ſi dubitatur, an aliqua conceſſio ſit feudum vel donatio, verba conceſſionis ſit inſpicienda, & *Curtius Sen. in conſ. 53. ſuper art. col. 1.*, *& Tiraquel in l. ſi vnquam in verb. libertis nu.8.*, *& 9 C. de reuoc. don.*, dixerunt tenorem diſpoſitionis oſtendere, qualis ſit contractus. Hac igitur, alijſque ſimilibus rationibus omiſſis ſentio abſolutè in illa conceſſione tali modo concepta propriè venire venditionem, *Romanus*, *Immola in l. cotem ferro §. qui maximos ff. de public.*, *& vectig. Idem Immola in c. propter ſterilitatem col. penult. de locato, Ludouic. Bologn. in addit. ad Ioannem de Annan. in conſ.74. col. vlt.* Ad hanc noſtram aſſertionem probandam maximè facit impugnatio mox adducta contrariæ communis opinionis, quia quando verba appoſita in celebratione contractus poſſunt habere propriam ſignificationem non repugnantem naturæ eiuſdem contractus ſecundum eandem debent ſumi, nec deflecti in impropriam per allegata ſuperius iura; non repugnat autem naturæ contractus venditionis, quod pretium ſit ſoluendum annuatim, præcipue cum non vendatur ius ipſum ad Gabellas, ſed ipſæ gabellæ annuatim; vnde in vectigali duo ſunt conſiderabilia, & ipſum ius ad vectigalia, & vectigalia ipſa, hic non ſupponitur venditum ipſum ius, ſed vectigalia ipſa, ſeu fructus, qui vtique vendi poſſunt *Clem. 1. de reb. alien. non alien.*, *Fabianus de Monte in tract. de empt. qu.2 n.28.*, ſicuti igitur fructus in ſingulos annos venduntur, ità, & ſingulis annis pretium poteſt exigi, & hoc ad eum finem. vt, ſi emptor in annos ſequentes non ſoluerit, poſſit à perceptione fructuum expelli *Iacobus Menochius de præſumpt. lib. 3. præſumpt. 104.n.22. in reſponſ. ad ſextam rationem*. Accedit pro confirmatione aſſertionis noſtræ, quod in tali conceſſione expreſſa facta eſt mentio pretij; vbi autem in contractu eſt mentio pretij propriè intelligitur venditio *l. vlt.*, *& ibi Gloſa, & Bartolus C. de prædijs, Decur. lib. 10.*, *& l. cum dotem C. de iure dotium*, *Iaſon in l.1. n.23. C. de iur. emphyth.*, *Gloſa in l. apud Celſum § ſi cum legitima ff. de dol. mal.*, *& met. except.*, *Decius in l. imaginaria n.1.*, *& ibi cæteri Doctores ff. de reg. iuris*; neque improprianda eſt illa locutio, & deflectenda in eum ſenſum; vt idem ſonet pretium, ac merces, *vt in l. ea lege §. locaui*, *& l. inſulam §. qui ædem ff. locati*; non, inquam, impropriand, quia quando verba ſunt clara, & nihil eſt repugnans naturæ contractus, quem indicant, non eſt facienda interpretatio, potiſsimum cum in hac hypotheſi duplicata poneretur impropriatio, altera, qua venditio ſumeretur pro locatione, altera, qua pretium ſumeretur pro mercede, quæ duplicata impropriatio a iure non recipitur, præcipuè cum verba ſubſequentia explicent præcedentia, & præcedentia ſubſequentia.

Solutio diſcontinua non arguit venditionem.

Verba debent attendi ſecūdum propriam ſignificationem quando poſſunt.

Duplicata impropriatio à iure non recipitur.

13 Vel tandem in conceſsione dictum fuit, Princeps vendidit, & locauit Caio gabellas ad decem annos pro decem millibus aureis ſingulis annis ſoluendis, & tunc potius præſumerem pro locatione, quam pro venditione, *Ripa in d. tract. de peste tit. de priuil. contract. num.66.*, *Immola in dict. l. cotem ferro. §. qui maximos ff de publ.*, *& vectig.*, *Alexander in conſ. 108. lib. 3.*, *Alciatus in reſp.513. num.1.*, *Boerius q.249 col. vlt.* Ratio huius aſſertionis ea eſt, quia in dubio conſurgente ex ipſis verbis appoſitis in celebratione contractus potius præſumendum eſt in fauorem illius, quod magis conſuetum eſt, quodque magis qualitates in contractu appoſitæ indicant, magis autem conſuetum eſt, quod gabellæ potius locentur, quam vendantur, & ſolutio annuatim ponenda magis regularitèr accomodatur locationi, quam venditioni, quia in venditio-

Solutio annuatim ponenda arguit potius pro locatione.

ditionibus magis regularitèr pretium totum simul soluitur. Ad hoc faciunt omnia argumenta, quæ adducit *Iacobus Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 104. à n. 6. vsque ad 25.* ad probandam communem opinionem asserentem, quod, quando dictum fuit, Princeps vendidit Caio gabellas ad decem annos pretio decem millium aureorum singulis annis soluendorum, intelligendum sit de locatione, quę tu recole, & hic applica. Addit etiam *Ripa dict. tit. de priuilegijs contractuum n. 66. vers. si verò constitutum, & cum eo Boerius d. qu. 249. col. vltim. vers. quartus casus est*, quod etiam in hac hypothesi sit præsumendum pro locatione, quantumuis esset conuentio de tota præstatione simul ponenda, sed non facilè huic acquiescerem, quia, cum sit dubium pro vtraque parte, illa qualitas solutionis totius præstationis simul ponendæ videtur ex natura sua magis accomodata naturæ venditionis, quam locationis arg. à contrario sensu deducto ex mox dictis. Non negauerim tamen, posse subsistere locationem, quantumuis ex conuentione tota merces esset simul soluenda, ex modo tamen illo, quando nihil est expressè appositum, arguitur, quod illa qualitas potius sit fauorabilis locationi, quam venditioni, nisi aliæ concurrant coniecturæ inclinantes potius pro venditione, cum vna coniectura, si sit fortior, alteram tollat, & diluat *l. Diuus ff. de in integr. restitut., Baldus in rub. extra de præsumpt. n. 1., Marsilius in l. 1. §. Diuus n. 28. ff. ad leg., Corn. de sicarijs.*

Vna coniectura, si sit altera fortior ipsam tollit.

14 Hic alia suboritur difficultas in explicando, quidnam in locatione vectigalium propriè transferatur in conductorem. Varias quoad hoc quæsitum inuenio Doctorum opiniones. Baldus *in l. ea lege col. 2. circa medium C. de vsuris* per textum *in l. in materia locati, & conducto in l. cum in plures §. vehiculum ff. locati*, existimat in conductorem transferri nomina transeuntium, qui tenentur soluere pedagium. *Decius cons. 4. col. 2. circa medium* docuit transferri vsumfructum illius iuris, quod habet Princeps ad exigenda vectigalia. *Bartolus in l. cotem ferro §. qui maximos col. 2. nu 8. ff. de publ., & vectig.* sentit, quod sit translata commoditas, seu facultas exigendi vectigalia. Omnes hæ opiniones sunt probabiles. Secunda tamen, & tertia probabiliores, cum sint magis conformes naturæ, & conditionibus aliarum locationum; sicuti enim in alijs locationibus dominium directum remanet penes locatorem, & solus vsufructus, commoditas, & facultas exigendi fructus transfertur in conductorem, ità ad seruandam proportionem hoc verificari debet in locatione vectigalium &c. Atque in hanc opinionem consentit *Ripa d. tract. de peste in tit. de priuilegijs contractuum post n. 61. per l. si vsufructus de iur. dot.*

Dominiũ directum remanet penes principẽ.

15 Tandem consurgit dubitandum, an publicanis, & conductoribus vectigalium facienda sit remissio mercedis ob pestem, bellum, & sterilitatem, sicuti facienda est ob similes causas in alijs locationibus. Sentio absolute, respondendum esse, quotiescunque proprie sit locatio iuxta modos supra explicatos interuenientibus illis causis, vel aliqua illarum, faciendam esse remissionem, dummodò tamen tantum sit damnum, vt iuxtà superius tradita mereatur illam remissionem *Glosa in l. 2. C. de iur. emphyth. Ripa de priuilegijs pestis n. 54., Alexander cons. 28. col. fin. vol. 3., Bossius de remiss. merced. publicanorum concl. 1. num. 1.* Ratio est, quia iura concedentia priuilegium remissionis indefinitè loquuntur, nec restringuntur ad aliquam peculiarem materiam, ergo non est, cur non debeat extendi ad materiam vectigalium interueniente iusta, & legitima aliqua ex allegatis causis, propter quas sit remissio. E conuerso sentiendum est, huiusmodi remissionem non esse faciendam, quoties non interuenit propriè locatio, sed potius venditio, quia priuilegium concessum locationi nõ est extendendum ad naturam aliorum cõtractuum, cum priuilegia strictè sint interpretanda.

Iura concedentia remissionem indefinitè loquuntur, nec restringuntur ad particulares locationes.

16 Pro complemento eorum, quæ circa vectigalia fuerunt proposita, hic sciendum est per dispositionem iuris prohiberi nonnullas personas gabellas conducere, & primò prohibentur Clerici *§. alium Auth. de sanctissimis Episcopis*, nec incongrua sanè ratione ne scilicet eorum animus distrahatur ad sæcularia, & sicuti eisdem interdicitur negotiatio propriè sumpta per ea, quæ latè tradidimus *tom. 1. sub tit. Contractus II. de empt., & vendit. prænot. 13.*, quia iuxtà illud Ecclesiastici. *Duæ species difficiles, & periculosæ mihi apparuerunt. Difficilè exuitur negotians à negligentia, & non iustificabitur caupo à peccatis*, propter quod emanarunt iura *in c. consequens dist. 88., & in cap. vlt. de vita, & honest. Cleric.* ità congruè interdicenda eisdem fuit conductio gabellarum, quia per illam faciliùs auertitur animus à cultu spiritualium, & conuertitur ad temporalia. Secundò prohibentur tutores etiam finita tutela, ratione tamen non reddita *Glosa, & Bart. in l. 1. C. ne tutor, vel curator*, & hoc propter periculum, ne auertatur à cura, & tutela pupilli, vel minoris, vel ne obliget bona eiusdem pupilli, vel minoris. Tertiò prohibentur Iudæi *c. penult. de Iudæis*, & hoc propter præsumptionem, & periculum extorsionum suprà debitum, nam, sicuti isti non parcunt vsuris in suis negotiationibus, ità nec parcere debere præsumendi sunt iniquis extorsionibus, si gladius publicæ auctoritatis ad exigenda vectigalia eisdem concederetur.

Nonnullę personæ prohibẽtur gabellas cõducere.

Tutores non possunt gabellas cõducere.

Item Iudei.

Item publicus officialis.

Quartò prohibetur publicus officialis *Baldus in l. quis quis C. si cert. petatur*, *Angelus in §. Æconomis auth. de non alienand.*, & hoc etiam ob periculum, ne velamine publicæ auctoritatis populos defraudent, & exigant supra id, quod debitum est.

17 Assertio V. Res, & pecunia, quæ vnico vsu consumuntur, non possunt propriè locari, nisi ad pompam, si secundum se sumantur *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 4. q. 6. & 7.*, *Carocius tract. de locato, & conduc. part. 3. q. 17. de reb. quæ vsu consum.*, *Abbas in c. conquestus, & ibi Doctores de vsuris*, *Abbas in rub. eod. n. 3.*

Ratio ea est, quam suprà attigimus, quia in ijs, quæ ipso vsu consumuntur, vsus non contradistinguitur à dominio, ergo non potest vsus concedi, quin simul transferatur dominium, adeoq; de ijs non potest esse locatio, cum de ratione locationis sit, quod dominium remaneat penes concedentem. Ad hoc maximè facit textus *in l. sed mihi videtur §. vlt. ff. commodati*, propter paritatem rationis, secundum quam non inefficax argumentum ad rem nostram suprà efformauimus.

Vsus nō distinguitur à dominio.

Ratio autem, cur possint locari ad pompam, & ostentationem ex eo deducitur, quod ille vsus præcisè ad ostentationem, & pompam vtique est separabilis a dominio, cum per illam ostentationem res ipsa non consumetur, ergo poterit vsus ad eum finem locari. Verumtamen est, quod ex tali locatione vix aliquid mercedis, vel non nisi quid modicum videtur posse exigi, cum ille vsus non videatur secundum se pretio compensabilis, vel saltem nonnisi modico; ex communi tamen consuetudine aliquid pro ipso communitèr exigitur.

Per ostētationem vsus non consumitur.

18 Dixi, *si secundum se sumantur*, nam quandoque potest contingere, vt in locatione alicuius rei vsu non consumptibilis commisceantur etiam res, quæ ipso vsu consumuntur, vt contingeret, si locaretur domus cum omni suppellectili, cum vino, melle, sale, & oleo, quæ in eadem domo locata reperiuntur. Qua in re contentio est apud Doctores, an sola domus in ea suppositione esset locata, & reliquæ res vsu consumptibiles venditæ, an verò ratione eiusdem domus cætera etiam omnia intelligerentur locata. *Azorius institut. mor. part. 3. lib. 8. c. 4. qu. 7 vers. aliquando contingit*, existimat, quod, si illæ res vsu consumptibiles traditæ fuerunt æstimatæ, intelligantur venditę, non locatæ, nam æstimatio venditionem facit iuxtà mentem *Bartoli in l. si vt certo §. nunc videndum vers. & si fortè ff. commodati.* Sed ex hoc capite præcisè sentio, non benè argui venditionem, quandoquidem vt supra diximus *sub hoc eod. tit. Contractus X. de loc. & conduct. prænot. 7. assert. 4.* æstimatio secundum se non facit emptionem, & potest esse inducta ad eum finem præcisè, vt, si res fuerit deteriorata, possit eadem probari in casu, quo conductor teneatur ex quocunque capite rem secundum eundem valorem restituere *Baldus in l si pascenda C. de pactis Specul. in tit. de locat. §. 1. vers. æstimatio bouis*. Quamobrem absolutè asserendum existimo in data hypothesi omnia venire sub titulo locationis. Ratio esse potest, quia, cum ea omnia veniant sub vno & eodem contractu, induunt naturam, & cōditionem principalis, quod in eo contractu venit, quod vtique est domus secundum se locabilis; Neque obesse potest, si asseratur, illa mobilia vsu consumptibilia non posse dici locari, quandoquidem dominium ipsorum in vsu deperditur; non, inquam, obesse potest, quia id, quod principale est trahit ad se id, quod minus principale est; Deindè etiam, cum locatur grex armentorum cum onere, vt tot substituantur, quot fuerunt deperditæ, verè saluatur locatio, & tamen aliquæ ex illis supponuntur deperdi quoad dominium etiam, & hoc quia illæ aliæ supponuntur substitui in fauorem locatoris quoad idem dominium per ea, quæ dicta sunt superius *sub hoc eodem tit. Contractus X prænot. 8., & tom. 3. sub tit. Contractus VII. disq. IV. §. 2. nu. 4.*, ergo etiam cum locatur domus cum omnibus etiam vsu consumptibilibus in ipsa existentibus, quantumuis hæc consumantur, verè saluabitur locatio, quia aliæ res similes restituendæ substituuntur in fauorem locatoris &c.

Azorij ratio nil in proposito euincit.

Induunt naturam principalis.

Euincitur paritate gregis armentorū.

Assertio VI. Res aliena secundum duplicem sensum locari potest. Primò, quatenus conductor potest eandem alteri sublocare æque idoneo. Secundò, quatenus bona fide ipsam possidet, vt suam, quamuis cognita postea alienitate rei, si res illa à Domino vero fuerit euicta, teneatur versus conductorem ad id omne, quod eidem interest, quod non fuerit euicta. Consentit in hanc assertionem *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. cap. 4. quæst. 8.*, atque hæc videtur communis omnium opinio. 19

Ratio primæ partis colligitur *ex l. nemo C. de locato*, vbi sic legitur. *Nemo prohibetur, rem, quam conduxit fruendam, alij locare si nihil aliud conuenit* arg. *l. æquissimum §. fin. ff. de vsufructu, & l. sed, & si quid §. mancipiorum ff. de vsu, & habit.*, vndè *Glosa in d. l. nemo* dicit, quod per nouissimum retinet Dominus possessiones suas *l. qui vniuersas §. fin. ff. de acquir. posses.*, *& l. si cui locauerim, & l. cum in plures ff. locati.*

Dominus retinet per subconductorem possessionem.

Ratio secundæ partis deducitur *ex l. si tibi alienam ff. locati*, vbi sic legitur, *si tibi alienam insulam locauero quinquaginta, tuque eandem sexaginta, Titio locaueris, & Titius à Domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet*; ex quo textu duo colliges; primum, quod

quod quis potest rem alienam locare. Ibi *agentem te ex conducto*, secundum, quod teneat locatio rei alienæ facta bona fide. Ibi *Et Titius à Domino prohibitus fuerit habitare*, vbi ex vno capite supponitur tenere locatio, ex alio, quod Dominus possit prohibere inhabitationem, quod non potest esse, nisi bona fide locauerit, nam, si mala fide locasset, non teneret locatio *l. si tibi ff. locati*. Hic idem euincitur *ex l. si quis domum ff. locati*, vbi sic legitur. *Si quis domum bona fide emptam, vel fundum locauerit mihi, isque sit euictus sine dolo malo, culpane eius, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, vt ei præstetur frui, quod conduxit licere*, ergo, si obligatur ex conducto, vtique argumento efficaci euincitur, quod teneat locatio, quandoquidem non datur actio ex contractu, qui non tenet.

Locatio rei alienę facta bona fide tenet.

Dices, venditio rei alienæ propriè non tenet per ea, quæ latè alibi diximus, quantumuis sit facta bona fide, ergo neque locatio bona fide facta rei alienæ tenere potest. Consequentia probatur, quia locatio est similis emptioni, & eisdem regulis regulatur *l. 2. ff. locati*, ergo, & conductio regulari debet regulis venditionis. Sed contra, quia, quamuis in pluribus huiusmodi contractus seruent similitudinem, & affinitatem, in hoc tamen est speciale quoad locationem, vt teneat locatio, dummodò pro re euicta substituatur alia æquè commoda *Glosa in d. l. si quis domum verb. locatorem in fin.*, vndè etiam dicitur *in l. 2. ff. locati*, quod begnignior interpretatio in locatione sit facienda, nec incongrua ratione hæc statuuntur, quandoquidem minor est intentatio rem præcisè locare, quam vendere, & re locata faciliùs est eam euincere, cum substantia debeat esse firma, quam re vendita, cum emptor supposita emptione possit de ea perfectè disponere, adeoque consumere.

Pro re euicta in locatione debet substitui alia æque cómoda.

In locatione begnignior interpretatio est facienda.

Dixi, *quamuis postea cognita alienitate rei, si res illa à vero Domino fuerit euicta, teneatur versus conductorem ad id omne, quod eidem interest, quod non fuerit euicta*, quia conductor pati non debet detrimentum ex eo, quod quis rem alienam ipsi locauerit, vndè benè dicitur *in l. si quis domum ff. locati*, vt non excusetur locator, si semel rem locatam tradiderit, quia tenetur per patientiam ad factum successiuum, ita vt, quandocunque molestetur conductor, teneatur locator *l. corruptionem C. de vsufructu l. 2. ff. de verb. obligat.*, *Cephal. conf. 557. vol. 4.*, sicque actus locandi semper habet in se tractum successium, *Alciatus in l. 2. §. & harum num. 43. ff. de verb. obligat.*

Locator per patientiam tenetur ad factú successiuú.

Ad hoc tamen, vt re per verum Dominum euicta conductor sit plenè satisfactus sufficit, quando Dominus noluerit eum in locatione perseuerare, vt per locatorem alia res æquè idonea substituatur *d. l. si quis domum ff. locati*, & ibi *Paulus Castrensis*, reputat hoc valdè notabile, & ad hoc potest conductor compelli, nam licet *in l. 2. §. 1. ff. si certum petatur*, dicatur, quod aliud pro alio inuito creditore non possit solui, fallit hoc tamen in locatore volente rem æque commodam rei locatæ substituere, *Carocius tract. de locat., & conducto part. 4. in titulo de euictione nu. 10.*; Si verò ille, qui locauit rem alienam, & hæc fuerit per verum Dominum euicta nó possit aliam ęque idoneam substituere, tenetur idem locator ad omne interesse conductoris *l. Titius §. fin. ff. de action. empti.*, *& l. hac distinctio in fin.* Ibi *intelligendum est autem, ff. locati*, quia ex defectu eiusdem locatoris hoc interesse conductori prouenit, & licet aliqui limitent in casu, quo quis locauerit rem alienam scientèr, non autem ignorantèr, quod fortè etiam nos supra innuimus, prout docet *Castrensis in d. l. si quis domum ff. locati*, sine iuris tamen subsidio hoc esse videtur, quia per locationem rei alienæ simplicitèr est causa talis interesse, & debet sibi imputare, quod sibi non aduerterit, non culpæ, seu damno conductoris, & licet contrarium videatur colligi ex textu *in l. si quis fundú ff. locati*; illud tamen non facit ad rem, quia ibi erat sermo de eo, qui fundum proprium locauerat, & conductor per tertiam personam fuerat sine culpa locatoris prohibitus vti tali re; in quo casu dicitur, quod locator teneatur, si locauit ignorans futuræ talis prohibitionis, tantam mercedem remittere, quod est quid diuersum a præsenti casu locationis rei alienæ. Nó improbabilis tamen est opinio, quod non teneatur, nisi ad pensionis remissionem, si ignorans hoc præstiterit per superius notata.

Vnú pro alio in locatione potest poni.

Locator debet sibi imputare quod non aduerterit ré esse alienam.

Assertio VII. Res pluribus communis omnibus consensum præbentibus potest 10
sine vlla exceptione locari; pluribus consentientibus, altero dissentiente, si versemur in prædio vrbano solito locari, præferendi sunt consentientes, & potest fieri locatio; omnibus consentientibus locationi, sed vno volente locare vni, altero alteri, si æqualis fuerit vtriusque conducere volentis conditio, ponendæ sunt sortes, vel recurrendum ad Iudicem pro concordia, si verò conditio fuerit inæqualis, quatenus persona, quæ ab vno proponitur sit honesta, altera, quæ proponitur ab alio, sit inhonesta, fieri debet locatio personæ honestæ; pluribus volentibus locare vni, & altero nolente eidem locare, sed volente per seipsum conducere portiones aliorum, ipsi debet fieri locatio, ipseque est præferendus. Si res communis commodam potest recipere diuisionem vno volente locare, altero non, vterque remanet in sua libertate, & vnus potest suam portionem locare, alter non; Si res fuerit solita locari, vno volente

Variæ acceptiones secúdum quas res cómunis potest, vel nó potest locari.

lente locare, altero volente per se inhabitare, & non conducere portionem alterius potest iste inhabitare, non tamen debet esse impedimento alteri volenti suam portionem locare. Si res non sit solita locari, nec commodam patiatur diuisionem, vno volente locare, altero non, præfertur locare nolens volenti locare, ita tamen, vt nolens teneatur volenti ad interesse, si apparebit impedimentum esse minus iustum.

Prima pars, quæ est communis facilè ex eo euincitur, quia vnus habens plenum dominium, & vsumfructum in aliqua re potest eandem locare, nisi ipse ex dispositione iuris prohibeatur locare, vel res eadem dispositione sit interdicta locari, ergo, si plures in solidum habeant plenum dominium, & vsumfructum in aliqua re, & à iure nec ipsi impediantur locare, nec res illa prohibeatur locari, si omnes consenserint, poterunt eandem locare. Consequentia probatur, tùm quia plenum dominium in omnibus adunatur, tùm quia ex eo, quod omnes consentiant in ordine ad illum contractum se habent per modum vnius, cum omnes simul constituant vnum integrum, & adæquatum consensum requisitum ad validitatem talis contractus.

Plenum dominiũ in omnibus adunatur.

Secunda pars, quæ est *Baldi in l. 1. in fin. C. qui testam. fac. pos., Bartoli, & Castrensis in l. & hac distinctio §. cum fundum ff. locat., Alexander in l. serui electione §. Labeo nu. 8., & ibi Iason n. 17. ff. de leg. 1., Baldi, & Angeli in l. duo fratres ff. de acq. hæred., Dec. cons. 182. & in l. si socius in fin. ff. si cert. pet., Crauetta cons. 319. nu. 10.* sic euincitur, qui habet maius ius, ille est præferendus, sed quando plures consentiunt, & alter tantum dissentit maius est ius pro assentientibus, vndè congruè dicitur *in l. maiorem ff. de pactis, & in l. aliud §. refertur ff. de reg. iur., & in l. quod à maiori ff. ad municip.*, quod maior pars est attendenda, quod non alia ratione dictum existimo, nisi quia maiori parti fortiùs ius assistit, ergo &c. Accedit, quod ex eo, quod res illa sit solita locari, ipsum ius consuetudinis assistit locare volenti, ergo &c. Hoc adeo verum existimant aliqui, inter quos *Carocius lib. 3. de locato, & conducto q. 17. de re communi*, vt arbitrentur etiam locum habere assertionem, quando vnus dumtaxat vellet locare, & alter non, quia ius consuetudinarium primo assistit. Monent tamen huiusmodi Doctores, quod socius locans teneatur consocio ad ratam pensionis *Corne. cons. 222. n. 2, & 4. vol. 2., & consil. 186. eod. vol. 2., Granut. Theorem 2. n. 2. circà medium*, quia vsus talis rei, qui vtique competit eidem locare nolenti, cum habeat ius suum in re illa æque, ac alius locans sit pretio secundum se æstimabilis; neque obesse potest *regula iuris de reg. iuris in 6.*, quod non debet quis fructum consequi ex eo, quod visus est impugnare; non, inquam, obesse potest, quia illum fructum non acquireret ex titulo locationis, quem impugnauit, sed ex vsu rei, qui secundum se pretio compensabilis est *Rebellus lib. 14. qu. 16. num. 5., Felicius de societ. c. 28.*

Maiori parti fortius ius assistit.

Socius locans tenetur cõsocio ad ratam pensionẽ.

Dices, in re communi potior est conditio prohibentis *reg. in re communi de reg. iur. in 6.*, & quando aliquid est commune, vt singulis, non attenditur maior pars *l. per fundum ff. de seruit. rustic. prædior.*, ergo, si vnus contradixerit locationi, locatio ipsa non subsistet. Sed contra fallit illa regula, quando prohibens sine iusta causa prohibet præcipuè, quando ex consuetudine nullum ius habet prohibendi; ex quo etenim res illa solita est locari, ius habet locare volens, ne prohibeatur, idem ferè respondeas ad alium allegatum textum.

Fallentiæ regulæ, quod melior sit conditio prohibentis.

Tertia pars, quæ est *Ioseph de Ludouic. concl. 53. col. 15. fol. 122. vers. si socij, Felicij de societate c. 28. n. 43.*, qui pro se citat Baldum, Socinum, & alios, *Bonacina disp. 3. q. 7. punct. 1. prop. 2. nu. 6.* sic euincitur, quia vbi non suppetit alia ratio decidendi melior regula statui non potest, quam quod fortunę aleæ exponatur decisio, vndè de consuetudine ita receptum testatur *dict. Ioseph de Ludou. loc. cit.*, vt ponantur in pixide, & extractus in locatione præferatur.

Dixi, *si æqualis fuerit vtriusq; conducere volentis conditio*, nam, si vna esset persona idonea, & honesta, alia non idonea, & inhonesta, vtique in concursu illa esset præferenda *Iason in l. 1. num. 24. C. qui testam. fac. pos. Emanuel in suo thesaur. lit. S. n. 127., Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct. 1. prop. 2. n. 6.* Ratio autem ea est, quia potior ratio assistit locatori proponenti personam honestam, quam inhonestam, & iuxtà communem prudentum æstimationem est quid considerabile, quod domus per honestas personas potius incolatur, quam per turpes.

Hic oritur difficultas, quam latè proponit *Florian. in l. Sabinus ff. communi diuid.*, cui scilicet locatori detur prælatio, si alter proponat personam honestam, alter verò personam inhonestam, sed cum maiori stipendio, seu mercede. Cui difficultati respondet idem Florian. loco, quo supra, præferendum esse socium locare volentem rem communem etiam meretrici, si alter socius velit alteri locare pro minori pretio *per l. ancillarum in fin. ff. de pet. hæred.*, cui in parte fauere videtur *can. tolerabilitas 32. q. 5.*, vbi dicitur, quod in multorum prædijs lupanaria exerceantur, tamen talia lupanaria castitatem non infamant, sed castitas etiam loci abolet infamiam. Sed non libentèr adhærerem Floriano, quia honestas præferenda est cuicunque lucro, & regularitèr personæ integræ famæ, & honestatis potius patiuntur damna in bonis fortunæ, 21

Honestas prçferenda est cuicunque lucro.

quam

quam sinere, vt propriæ domus inhonestis personis deturpentur, cum plurimum illæ domus æstimationis amittant, cum vulgariter dici valeat, *In casa del tale sempre vi sono state à piggione meretrici*, quod redolet quandam infamiam, vndè per ius canonicum statutum est, & etiam ciuile *in §. sancimus auth. de lenon.*, quod facta denuntiatione huiusmodi personæ inhonestæ expellantur, per quod videtur correctus ille textus *in l. ancillarum ff. de petit. hered.* præterquamquod *in dict. l. ancillarum* solum dicitur, quod in hæreditate veniant etiam pensiones ex locationibus, licet a lupanario perceptæ sint, quod non negatur; si enim fuerit domus locata meretrici, vtique per eandem pensio debetur.

Personæ inhonestę sunt expellendæ.

Quarta pars, quæ est *Socini cons 58. lib. 3. Castrensis in l. hæc distinctio § cum fundum ff. locati, Ruini cons. 82. nu. 10. vol. 1., Beroi cons. 137. nu. 2. lib. 1., Ioseph de Ludou. conclus. 53. col. 16. vers. si socius, Mozz. in tit. de societ. de naturalib. contract. nu. 31.*, sic euincitur ex ijs, quæ diximus *tom. 1. sub tit. Contractus II. de emptione, & vendit. prænot. 12. num. 6., & 7.* nempè iure retractus habentem partem pro indiuiso in concursu aliorum rem per alterum alienatam, qui habeat ius in illa posse retrahere, vt colligitur *ex l. 74. tauri* per quam inducta est hæc forma retractus, quod adeò verum est, vt etiam præferendus sit, qui habet ius titulo communionis in re illa habenti ius titulo sanguinis, ergo à fortiori ante locationem habens ius pro indiuiso in re illa poterit velle alijs præferri. Ad hanc veritatem euincendam possunt in similibus concordantia iura afferri, & primo in habente dominium directum in aliqua re emphytheutica, qui volente emphytheuta dominium vtile alienare potest velle ipse cæteris omnibus præferri, & consolidare vtile cum directo per ea, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphyth., & censibus prænot. 7. num. 32.* Secundò in habente quotam partis in aliqua domo, qui, si in alia parte subiecta liuello, seù emphytheusi, in casu, quo per dominum directum velit ius ipsum directum alienari, potest in concursu aliorum velle præferri, vt statuunt Statuta Mediolanensia de quota *cap. 434. num. 1.*

Pręferendus est, qui habet ius titulo communionis.

22 Circa hanc quartam partem insurgit potissimum difficultas, an etiam ipse esset pręferendus, quantumuis alter maiorem pensionem offerret. Crediderim in ea hypothesi, non esse præferendum. Ratio est, quia Doctores statuentes ipsum esse præferendum semper loquuntur cæteris paribus, & cum eisdem pactis, *Berois cons. 137. num. 2. lib. 1., Ioseph de Ludouic. concl. 53. col. 16. vers. si socius, Mozz. in tit. de societ. de naturalibus contractus n. 31.*, ergo, si cætera non sint paria, & pacta sint fauorabiliora præstita à conducere volente, iste erit præferendus. Ratio autem fundamentalis hæc est, quia cæteri Domini ex vnius commodo non debent detrimentum pati, quotiescunque aliundè possunt maius commodum habere. Hoc idem potest confirmari primò exemplo iuris emphytheutici, quod, si fuerit per emphytheutam alienandum, est dumtaxat præferendus Dominus directus in paritate pretij quoad alios offerentes *ex l. 3. §. sed ne C. de iur. emphyth., & ex c. potuit de locato.* Secundò exemplo iuris retractus, secundum quod habens ius, vel titulo communionis, vel iuris sanguinis potest solummodò retrahere in paritate conditionum per ea, quæ dicta sunt *tom. 1. sub tit. Contract. II. præn. 12.*

Attendēda est paritas conditionis.

Quinta pars, quæ est *Saliceti in l. iubemus la 2. C. de sacrosancta Eccles. Socini in l. serui electione §. labeo n. 4. vers. & si res ff. de legat. 1., Menochij cent. 5. cas. 442. nu. 4*, ex eo euincitur, quia in discrepantia opinionum inter dominos ea opinio amplectenda est, quæ seruat æqualitatem inter partes, minusque singulis officit, sed quando res commodam patitur diuisionem non læditur æqualitas, si vnus partem sibi contingentem nolit locare, alter autem sic, nec ius vnius læditur ex eo, quod alter suam portionem locet, ergo &c.

Nullius ius læditur.

Si autem hic inquiras, quomodo facienda sit hæc diuisio, si non facta est antecedentèr ad locationem, dicendum est faciendam esse ex conuentione partium, si possint conuenire, aliter ex Iudicis præscripto, vt contingit in diuisione inter cohæredes, quando ex æquo instituti sunt, & nihil per testatorem fuerit dispositum.

Facienda est diuisio, vel per consensum partium, vel per Iudicis præscriptum.

Sexta pars, quæ est *Socini in dict. l. serui elect. §. Labeo n. 6 ff. de legat. 1., & aliorum*, ex eo euincitur, quia, quando quis indiget re in proprium commodum, in qua ius habet reale, non potest cogi, seu compelli in alium transferre, atque hoc euincit *Glosa in hoc satis celebris in l. Sabinus in verb. constat in fin ff. commun. diuidun., & item Glosa in l. arboribus §. nauis in verbo nauiges, ff. de vsufruct.* per textum *in §. in commune institut. de rerum diuis.* Ex hoc tamen non sequitur, quod possit esse impedimento alteri socio, ne suam portionem locet, quandoquidem commodum proprium non debet esse nocumento alteri habenti ius in re illa, quin etiam vtile possit haurire sibi, suoque iuri proportionatum; quod, si non facta sit diuisio, & alter nolit amplius lucrum amittere, & nolit, quod socius vtatur amplius beneficio habitandi communem indiuisam domum, tunc *Socinus cons. 58. circa tertium casum vol. 4., Natta cons. 303. n. 1. vol. 2* hoc remedium præscribunt, vt prouocet eum ad diuisionem per præceptum Iudicis; statim enim constituitur in mora, & ratione moræ tenebitur ad proportionabilem pensio-

Commodum proprium nō debet esse nocumēto alteri.

sionem. *Romanus cons. 168. num. 4., Granut. Theorem. 2. num. 6.*

Septima, & vltima pars, quæ est *Baldi in c. omnes n. 20 de constit., & in c. 1. §. si quis de manso de controu. inuestit., Socini cons. 58. col. 1. vers. hoc etiam vol. 4.* euincitur ex eo, quod in hac hypothesi verificatur id, quod in superioribus dicebatur, quod scilicet sit melior conditio prohibentis *ex d. reg. in re communi de reg. iur. in 6.*, non enim hic consuetudo inducit aliquod ius fortius in fauorem locare volentis, nec supponitur ex alio capite habere fortius ius in eadem re, ergo &c. In hac tamen hypothesi optimè notat *Iacobus Menochius cent. 5. cas. 442. n. 4.* quod prohibens, si impediat ex impedimento minus iusto, condemnari debeat de interesse; non enim sufficit, quod dicat, quod velit facere de re sua quod sibi placet.

21 Assertio VIII. Conduci non potest res propria ignorante Domino se illius habere dominium *Menochius cons. 91. nu. 37., & cons. 120. num. 36. cons. 246. num. 39.*

Hæc assertio vim habet *in l. qui rem, C. locati*. Ibi- *Qui rem propriam conduxit existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit*; & hinc efficax ratio assertionis deducitur hoc pacto. De ratione locationis, & conductionis est, quod dominium rei locatæ remaneat penes locatorem, & solum vsus fructus transferatur in conductorem; sed in hypothesi, de qua loquimur, dominium non remanet penes locatorem, cum ipse, qui conducit illud apud se retineat, cum sit verè dominus illius rei, ergo propriè in ea conuentione non potest subsistere locatio, & conductio. Minor patet ex *praecit. l. qui rem C. de locato*, & probant communitèr scribentes *in l. si rem aliquam, vbi Alexander num. 6., Ripa num. 12 ff. de acquir. possess.* nec est assignabilis aliquis titulus, ratione cuius dici debeat dominium deperditum, cum ignorans non dicatur, nec præsumatur iuri suo cedere.

Dominiũ debet esse penes locatorem.

Hic ad clariorem huius assertionis intelligentiam, & ornatum nonnullas placet proponere difficultates, quæ maxime conferunt ad vtilitatem in hac materia locati, & conducti. Prima est, an conducens scientèr rem suam, vt alienam amittat dominium, & possessionem, ita vt propriè teneat conductio. Secunda, an sciens se possessorem, & ignorans se dominum talis rei amittat possessionem talis rei, ità vt stet conductio ratione eiusdem possessionis, & è contra, si sit ignorans se esse possessorem, & sciens esse dominum. Tertia *ad l. si rem aliquam ff. de acquir. possess.* quandonam dicatur dominus conducere rem suam, vt suam, & conducere rem suam, vt alienam, & quid in vtroque casu quoad validitatem contractus, & alia his similia.

Ad primam asserendum est, conducentem scientèr rem suam, vt alienam, possessionem amittere. *Salicetus in l. qui rem C. de locato, Dinus in l. ad probationem C. eod., Alexander in d. l. si aliquam rem, vbi Ripa num. 19 ff. de acquir. possess., Cagnolus in l. neque pignus num. 8. ff. de reg. iur., Villalobos in recol. lit. C. nu. 127., Iacobus Menochius cons. 246 n. 39. vol. 3., Tiraquel de constit part. 3. limit. 7. n. 22., Rebuf. de caus. poss., & propriet. vers. 12* Hoc assertum vim maximam habet *in d. l. si rem aliquam ff. de acquirend. possess.* Ratio autem ea est, quia conducendo videtur possessionem a se abdicare, & transferre in locatorem, per quem quodamodo sibi relocetur. Si autem inquiras, cur etiam non transferatur dominium, dicendum erit, hoc euenire, quia titulus conductionis debilis, & inefficax est ad transferendum dominium, vnde benè *Iacobus Menochius cons. 246. nu. 39. vol. 3.*, dicit locantem rem alterius non per hoc effici illius dominum. Sed, an in hoc casu teneat conductio ratione possessionis, si non proprietatis, lis pendet ex eo, an simplex possessio possit locari. Affirmant in ea hypothesi *Bartolus in d. l. si aliquam rem nu. 10., & ibi Ripa n. 45. ff. de acquir. possess.*, Negat *Ognate tract. 35. de locatione disp. 127. sect. 4 n. 50., & 51.* vtraque opinio probabilis. Tu videris. 24

Ad secundam asserendum est, sciens se possessorem, & ignorans se dominum conducendo simplicitèr non perdit possessionem, adeoq; in hoc casu non tenet conductio rei propriæ, quinimmò, nec ignorans se possidere, & sciens, si dominum eandem possessionem amittit *Alexander in l. si aliquam rem num. 6., & ibi Ripa n. 12., & 19. ff. de acquir. poss.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia ipse Dominus in ea conductione intelligitur solummodò velle acquisitionem dominij vtilis, seu vsusfructus, quod vtique stare potest cum possessione præcedenti, qua sciebat se gaudere, ergo per illam non est præsumendum, quod eandem possessionem voluerit transferre in locatorem, nec alio modo supponitur transferre, nisi in suppositione, qua ignorat rem esse suam. Ratio secundæ partis est, quia ignorans non præsumitur in alium transferre possessionem per ea, quæ habentur in *l. qui rem C. de locato*. 25

Ignorans nõ cedit.

Ad tertiam dicendum est, ex multis colligi, quandonam quis dicatur rem conducere, vt suam, & quando rem suam, vt alienam; & primò, si dicatur, talis sciens se dominum, & possessorem talis rei eam conduxit à Titio locante, tunc enim dicitur rem conducere, vt suam. Secundò, si dicatur talis concessit talem fundum Sempronio, tunc videtur conducere illum fundum suum, vt alienum. Tertiò, si dicatur, vellem talem rem meam à tali locatore recogno-

Quandonam quis dicatur rem conducere, vt suam, & quando rẽ suam, vt alienã.

gnoscere, & tunc rem conduceret, vt suam. Quartò, si dicatur. Talis locauit alteri domum, quam ille alter dicit esse suam, & velle ad Titium pertinere, & tunc conducit propriè. Iuxta primum sensum videtur tenere conductio, quia videtur transferre dominium, & possessionem in eum, a quo accipit in locationem, & etiam iuxtà quartum sensum propter eandem rationem; Iuxtà secundum verò sensum non videtur tenere conductio, quia præsumitur ignorantèr conducere; Iuxtà tertium non item propter rationem primi, & quarti sensus.

26 Assertio IX. Ius patronatus simul cum vniuersitate bonorum locari potest, non autem per se ipsum. *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 4. qu. 5., Lambert. de iur. patronat. lib. 1. part. 2. qu. 8. principali.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod simul cum vniuersitate bonorum ius patronatus potest vendi. *Doctores, & Paulus de Castro in l. 1. in fin. ff. de offic. eius, cui man. est iur. arge. l. quædam ff. de acqu. rer. dom., Bartolus in l. hanc legem ff. de contrah. empt., & in c. seculum ff. de iur. patron.,* ergo etiam cum vniuersitate omnium bonorum potest locari *c. ex litteris de iure patronatus,* & licet dicatur, quod ius patronatus venit in venditione, feudo, & emphytheusi villæ, non in locatione villæ, *Paulus de Castro cons. 55., & Card. in Clem. 2. qu. 9. de iurepatron.,* nihilominus hoc intelligendum est, quando non est expressio de tali locatione, quia in simplici locatione rerum, in qua dominium non transfertur, & solum vsus conceditur ad determinatum tempus quoad fructus, non intelliguntur iura ad alia translata; cæterum, quia in venditione rerum transfertur dominium earundem, intelligitur transferri etiam ius patronatus, quod in illis fundatur, ita in translatione vsus potest etiam transferri vsus eiusdem iuris patronatus; si enim non repugnat transferri ius plenum cum translatione pleni dominij in rebus, non video, cur eiusdem non possit transferri vsus cum translatione vsus earundem rerum consentiente patrono?

Venditur ius patronatus cũ venditione bonorum.

Ratio secundæ partis est, quia ius patronatus est ius spirituale, vel saltem spirituali annexum, ergo, sicuti hoc secundum se non potest sine labe simoniæ vendi, neque ità poterit secundum se locari. Id colligitur *ex cap. cum Bertoldus de sententia, & re iudic., & cap. ex litteris de iure patronatus.*

27 Assertio X. Res Ecclesiasticæ immobiles, seu mobiles pretiosæ, quæ seruando seruari possunt, non possunt regularitèr locari vltrà tempus à iure præscriptum. *Rota decis. 232. in Nouiss., Ancharanus cons. 16., Alexander cons. 169. vol. 6., Didacus var. resol. lib. 2. cap. 15. num. 6., Redoanus de rebus Eccles. §. sed an contractui cart. 335.*

Colligitur expressè hæc assertio ex Constitut. *Pauli II. inter extrauag. communes in tit. de reb. Eccl. non alien. Incip. Ambitiosæ,* vbi expressè assertio secundum omnes sui partes est expressa.

Contendunt hic aliqui, quod præfata Constitutio Pauli II. non sit in vsu, vt præcipuè *Armilla in verb. locatio nu. 5., Mohedan. decis. 219., & 240. in tit. de locat. & conduct. decis. 1. in fin. de reb. Eccl. non alienan., Borgnin. loquens in hoc statu Mediol. decis. 21. num. 328. part. 2.* Sed contrarium attestatur *Hieronymus de Monte quæst. 20. num. 5.* ex confirmatione Pauli IV., qui annullat omnes locationes factas ea forma non seruata, *& Borgn. decis. 43. num. 71.,* docet expressè hanc opinionem veriorem esse, & magis communem.

Constitutio Pauli II. de alien. bon. Eccl. est in vigore.

Quodnam autem sit tempus à iure præscriptum colligitur ex eadem Constit. Pauli II. esse triennium. Hic oritur difficultas, an possit etiam vltra triennium extendi, quando in instrumento dicitur, vt tot sint locationes, quot triennia, & intelligatur renouata de triennio in triennium. Quidquid alicubi fieri soleat, sentio absolutè non posse sic extendi *Card. in Clem. 1. §. fin. de reb. Eccl. non alien., Alexan. cons. 165. col. 2., Riminal. Iun. cons. 234. num. 73., & seq. vol. 3., Redoan. de reb. Eccl. qu. 7. num. 11., Pinellus in l. 1. part. 3. num. 63. vers. dicitur etiam, C. de bon. mater., Iason in l. manumissione n. 8. in fin. ff. de iust., & iur., Caballi. milleloq. 160. par. 1.* Rationes adducit *Romanus cons. 66.,* quia, vbi actus est indiuiduus respectu formæ, licet sit separabilis respectu temporis vtile per inutile vitiatur *Bartolus in l. græcè §. illud ff. de fideiuss.* Scio nonnullos contendere hoc non procedere, vbi esset consuetudo locandi vltra triennium, vt euenire contendit *Bonacina tract. de alienat. rer. Eccl. quæst. 1. punct. 2. num. 24. vers. hoc tamen,* vbi asserit adesse consuetudinem locandi res Ecclesiæ ad nouennium triplici locationis contractu. Sed quidquid sit de hoc, suo loco examinabimus.

Dixi, *regularitèr*, non enim negauerim, quod, si res sit solita tradi in emphytheusim, possit finita emphytheusi iterum emphytheuticari per ea, quæ habentur *in d. Constit. Pauli II. Incipiente Ambitiosæ.*

Res solita tradi in emphyteusim potest iterum emphyteusi tradi.

Assertio XI. Vsusfructus iuris propriè locari potest *Ognate tract. 35. de locat. disp. 127. sect. 4. n. 57.* Ita expressè habetur *in l. si tibi 5., & l. si tibi 7. ff. locati, & l. si quis domum §. fructuarius ff. eod.,* Hoc idem habetur expressè, & in terminis *in l. arboribus ff.* 28 *eod.,* vbi sic legitur. *Vsufructuarius, vel ipse frui eare, vel alij fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest.* Item *in l. si quis §. hic subiungi ff. locati,* vbi sic legitur. *Si fructuarius locauerit fundum,*

Hæc

Hæc assertio dupliciter potest intelligi; Primò, quatenus habens plenum ius in aliqua re locat vsumfructum eiusdem rei, in quo nulla penitus est difficultas; Secundò, quatenus habens solummodo vsufructum, seu ius ad percipiendos fructus in tali re, cuius alter sit proprietarius, locat alteri facultatem percipiendi tales fructus, atque iuxta hunc sensum etiam non video, cur non possit eundem fructum, seu vsufructum locare; cum plenum ius quoad illum habeat; Neq; obstare potest, si asseratur, non posse subsistere locationem, cum de ratione eiusdem sit, quod dominium remaneat penes locantem, quod verificari nequit in hac hypothesi, cum vsufructuarius non habeat dominium in re, & vsumfructum transferat in conductorem; non, inquam, obstare potest, quia duo in vsufructu considerari possunt, & ius illud quodamodo directum licet impropriè dicatur tale ad percipiendos fructus, & facultas quodamodo illos percipiendi; hic igitur transfert in conductorem facultatem illam fructus percipiendi retento penes se illo iure quodamodo directo; nec hoc nouum debet apparere, quandoquidem hoc idem euenit in beneficiario, qui rigorosè non habet dominium beneficij, & tamen locat fructus eiusdem saltem ad triennium, & in sublocatore, de quo infrà. Ad hanc nostram sententiam corroborandam plurimum facit textus *in l. si quis domum §. 1. ff. locati, & textus in l. arboribus supra cit.*

Vsufructuarius habet ius locandi.

Hic oritur difficultas, an possit vsufructuarius locare vsumfructum alij inuito etiã proprietario. Respondendum est affirmatiuè *ex l. cui ff. de vsufructu*, Debet tamen ex quadam æquitate, & ratione affectionis potius locare proprietario, si hic voluerit conducere, quam alteri *Bartolus ad l. cotem ferro §. 1. ff. de public., Boer. decis. 107. sub n. 4., Borgnin. de vsufructu mulier sub nu. 173.*

Etiam inuito proprietario.

29 Assertio XII. Operæ ad peccandum licitè locari non possunt, locatæ tamen quandoque sua mercede non sunt priuandæ.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod ex fine, ad quem ordinantur actiones, desumunt, vel honestatem, vel turpitudinem; cum igitur finis, ad quem locatio ordinatur, sit prauus, non potest, nisi prauitatem in eadem locatione transfundere.

Actiones specificãtur à fine.

Ratio secundæ partis potissimum euincitur in meretrice locante suum corpus ad turpia, quæ quamuis turpitèr faciat, quod sit meretrix, non tamen turpitèr accipit, quod sit meretrix ex alibi allegatis vulgaribus iuribus; vndè optimè docent *Dinus, & Salicetus in l. 2. C. de condict. ob turp. caus., Bartolus, & Alexander in l. 3. §. sed. quod meretrici ff. eod., & in addit. ad l. affectionis ff. de donat., Alexander, Iason in l. generalitèr ff. de verb. oblig., Abbas in c. quia plerique n. 14. de immunit. Eccl., Ioannes Lup. in rub. de donat. §. 40 sub n. 9.*, quod meretrix, quæ corpus suum locauit ad actus venereos sub promissione certæ mercedis possit iustè in iudicio agere, & petere, & in hoc audiendam esse, & *Sotus lib. 4. de iustitia q. 7. art. 1., Coaruuias in reg. peccatum part. 2. §. 2. num. 4., Summa Angelica in verb. Meretrix n. 5., Nauarrus in manual. c. 17. §. cui restituendum num. 34. vers. dico quarto*, apertè asserunt, quod nedum mercedem promissam petere possint, sed datum etiam, & consignatum retinere, siue sit titulo liberæ donationis, siue sit datum pro mercede actus venerei.

Meretrix turpitèr facit, quod sit meretrix, non turpitèr accipit, quod sit meretrix.

PRÆNOTIO XII.

De causa formali locationis, & conductionis.

SVMMARIVM.

Proponuntur articuli examinandi. 1.
Pollicitatio quid sit. 2.
Pollicitatio facta absenti non inducit locationem, benè tamen facta præsenti, & non reluctanti. 3.
Consensus per metum elicitus, si fuerit grauis non irritat ipso facto, sed tribuit ius ad rescindendum. 4.
Rescinditur contractus locationis inter medicum, & infirmum. 5.
Locatio facta per iram, si hæc fuerit vehemens non tenet, secus si fuerit leuis. 6.
Locatio facta per errorem circà qualitatem personæ conductoris non vitiat contractum locationis. 7.
Error circa pensionem irritat contractum. 8.
In discordia inter locatorem, & conductorem de maiori, vel minori pensione, si locator consentiat ad minorem reualidatur contractus. 9.
Item dic, si conductor consenserit ad maiorem. 10.
Si locator sentit de minori, & conductor de maiori pensione tenet contractus, & statur dicto locatoris. 11.
Locator, qui sensit de maiori, & tradidit rem locatam, & postea consensit ad minorem potest pro tempore antecedenti ad hunc secundum consensum agere ad rem, & fructus actione præscriptis verbis, vel actione in factum ex æquitate. 12.
Stipulatio non est necessaria ad locationem, nec certa verborum forma. 13.

NOn erit hic sermo de pactis, quæ quandoque ex partium dispositione interueniunt in huiusmodi contractibus, & sunt præter naturam, & substantiam eorundem, cum de ijs in præcedentibus fuerit actitatum, sed de consensu, prout est inqui-

formale constitutiuum huiusmodi contractus in sua propria, & rigorosa acceptione, inquirendo scilicet, quænam sint necessaria ad talem formalem, & sufficientem consensum, quænam ipsum vitient, seu vitiare possint, quomodo talis consensus sit exhibendus, & cum humano modo fieri debeat contractus, quomodo, & qualiter debeat esse sensibilis.

Pacti attingentia substantiam contractus.

1 Hic igitur primò inquiretur, an simplex pollicitatio sit causa sufficiens formalis locationis, & conductionis. Secundò, an consensus per metum præstitus. Tertiò, an idem præstitus per iram. Quartò, an præstitus per errorem, vbi variæ rationes dubitandi examinabuntur. Quintò, an talis consensus exhibendus sit per stipulationem, vel per certam verborum formam, an etiam per verba indeterminata, dum modò exprimant talem consensum, an verò etiam per nutus, & signa, & his similia. Pro solutione

Articuli circa quos versatur prænotio.

Recole ea, quæ dicta fuit de metu, & ignorantia *tom. 1. sub tit. Contractus I. de Contractibus, vt sic in disq. §. 9.*, vbi metum distinximus in grauem, & cadentem in constantem virum, & leuem cadentem in meticulosum, & in metum circa substantiam, & metum circa qualitates contractus, ignorantiam verò in antecedentem, concomitantem, & subsequentem, quod proportionalitèr verificari posse videtur quoad errorem.

Quidditas, & diuisio metus, & ignorantiæ

2 Quoad pollicitationem aduerte, ipsam esse solius offerentis nudam promissionem *l. pactum ff. de pol., & l. sciendum §. 1. ff. de adil. edict.* Differt a pacto *Glosa in verbo duorum, & Doctores in l. 1. ff. de pactis Baldus in l. 1. C. de dot. promis.* per hoc quod pollicitatio requirit solum consensum promittentis, pactum verò requirit consensum duorum *Specul. in tit. de sal. in §. nunc procuratorum in princip*, vndè aliqui docent, pollicitationem incipere à promissione sine responsione *Glosa in l. 1. in verb. duorum ff. de pactis Glosa in clem. 1. §. ego H. de iure iur.*, & propriè fieri absenti, nam, si fiat præsenti, & tacenti, dicitur quoquo modo pactum propter tacitum consensum *Alexander in l. 1. in fin. ff. de pactis post Cinum, & Bartolum in l. 1. C. de pactis, Ioannes de Imol. in c. cum contingat de iur. iur.* His pro notitia suppositis sit

Quidditas, & qualitas pollicitationis.

5 Assertio I. Per simplicem pollicitationem factam absenti propriè non fit locatio, & conductio; per eandem tamen factam præsenti, & non reluctanti propriè fit locatio, quæ tamen est potius pactum implicitum, quam rigorosa pollicitatio, quamuis in specie videatur talis *Alexander in d. l. 1. in fin. ff. de pactis*, & quoad secundam partem *Vaconius lib. 5. suarum declarationum c. 65. n. 13.*, qui tamen in hoc dissentit, quod eandem asserat simplicem pollicitationem, quantumuis pollicitanti dicenti *loco tibi, fundum meum*, respondeat, *conduco*.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod contractus locationis est vltrò citroque obligatorius per ea, quæ supra diximus *sub hoc eodem titulo prænot. 1.*, sed per pollicitationem non potest vltrò, citroque obligatio consurgere, ergo &c. Minor probatur, quia obligatio vltro citroque consurgit ex mutuo consensu, non enim quis obligari potest, nisi consentiens, ex pollicitatione autem propriè sumpta non est vtriusque consensus *l. pactum ff. de pollicit. l. pollicitation. ff. eodem*, ergo &c.

Nemo potest obligari nisi consentiens.

Ratio secundæ partis est, quia illa pollicitatio facta per locatorem præsente eo, cui fit talis pollicitatio, & non reluctante, & a fortiori, si dicat, *conduco*, æquiualet pacto implicito, ergo per illam propriè inducitur locatio, & conductio. Antecedens probatur, quia taciturnitas eius, cuius est necessarius consensus ad perficiendum contractum, quia de ipsius interesse agitur, si contradicendo actum impedire potuit, pro consensu habetur *l. fideiussor §. pater Sey ff. de pignor. l. Caius ff. de pignor. act. l. sæpe ff. de re iudic. c. quamuis eod. tit., Ludouicus Romanus in l. qua dotis ff. solut. matrimon.*, & tacens sibi præiudicat, nisi protestetur contra actum, quia videtur consentire *l. 1. C. de filiofam., & quemadmodum Pater lib. 10. l. 3., & l. si venditione, & ibi Bartolus ff. quib. mod. pig. sol.*

Pollicitatio facta præsenti, & non contradicenti æquiualet pacto implicito,

Assertio II. Consensus per metum elicitus, si fuerit grauis, & cadens in constantem virum, irritat locationem, non ipso iure, sed ius tribuit ad recissionem per exceptionem. Consonat cum ijs, quæ diximus *tom. 1. sub tit. Contractus I. de contractibus vt sic in disqu. §. 9. n. 8., & 9, Baldus in tract. scismat. qu. 6., Iason in l. 1. num. 2. not. 1. C. de transact., Felinus in cap. præterea num. 5. de sponsal., Rauen. fin. 576., Felinus conf. 50. num. 17.* 4

Ratio primæ partis est, quia metus non tollit rationem voluntarij simplicitèr, licet aliquid diminuat de voluntario, & de libertate, ergo ratione illius, quantumuis fuerit grauis, simplicitèr nõ tollit rationem contractus locationis, & conductionis, cum præcipuè hic contractus non sit ex ijs, qui in sui celebratione exigant omnimodam libertatem, vt videre est ex ijs, quæ tradidimus *tom. 1. sub tit. Contractus 1. de contractibus, vt sic in disquisitionibus § 9. n. 8., & 9. per totum*. Antecedens supponitur ex ijs, quæ docent *Theologi in primam secundæ D. Thomæ*, dum de actibus humanis, & nos etiam docebimus *sub tit. Actus Humanus*; vndè ex hoc dicitur, quod metus regularitèr non reddat actum nullum *c. 2. de ys quæ metus causa*, vbi sex excipiuntur casus, inter quos

Metus nõ tollit rationẽ voluntarij simplicitèr, sed minuit.

Voluntas coacta est voluntas.

quos non enumeratur metus in locatione, & ibi adducit Glosa rationem, quia voluntas coacta est voluntas *c. merito quaritur 15. qu. 1.*

Locatio consensu perficitur.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod, cum hic contractus sit ex illis, qui consensu perficiuntur *l. 1. ff. locati*, & metus quodammodo eidem secundum quid aduersetur, congruum fuit, vt iura actionem concederent, quæ dicitur *metus causa*, ratione cuius ille, qui per metum consensit, restitueretur. Hoc pluribus in iuribus statuitur, & præcipuè *in l. si mulier §. si metu ff. de eo, quod metus causa,* vbi dicitur, quod, si quis metu coactus fuerit à locatione recedere, competat eidem actio, quod metus causa, vt reponatur in pristinum, item *in d. c. de ijs, quæ metus causa*, vbi disertè Glosa; vndè meritò dicitur, quod actio per metum sit annullanda regularitèr *Cardin. in c. 2. §. sanè de pœnis, Felinus in c. præterea de sponsalibus in penult. col. circa fin., Hostiensis, Abbas, Ioannes Andreas in cap. quoniam, Abbas de rescript., Glosa in c. Abbas de ijs, quæ metus causa*

5 Hinc conformitèr ad dicta communitèr docent, quod metus facit rescindi contractum locationis inter medicum, & infirmum, qui præsumitur, & ideò officio Iudicis rescinditur, *Bartolus in l. interpositas C. de transact. l. Medicus ff. de varijs, & extraord. cog.*, & quidem nō incongrua ratione, quia terretur vero metu mortis, & omnia promittit, propter quod in iure eidem prouisum est, *Glosa notab. in l. non interest C. quod metus causa*, quam singularem dicit *Rand. sing. 191.* Hoc idem, quod dicitur de medico, extendunt Doctores ad Aduocatum respectu clientis, prout etiam nos alibi documus propter paritatem rationis.

6 Assertio III. Locatio facta per iram, si hæc fuerit vehemens, non tenet, secus, si fuerit leuis. Ita quoad primam partem, *Sfort. de restit. in integr. part. 1. qu. 11. art. 5. in fin.*, *Decius in l. quidquid calore num. 1. ff. de reg. iur., Glosa in can. si quis iratus 11. q. 3., Roman. sing. 514. volo commentare, Felinus in c. Matthæus de Simonia in c. dilecti filij col. penult. de except., Iason. in l. si filium col. 2. C. de inoffic. testament.* Quoad secundam *Ioannes Andreas, Abbas, & alij in c. dudum per illum textum de conuersione Coniugatorum, Decius in dict. l. quidquid calore num. 1., & ibi Cagnol. n. 4. ff. de reg. iur.*

Prima pars euincitur *ex d. l. quidquid calore ff. de regulis iur.*, vbi legitur. *Quidquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur non prius ratum est, quam si perseuerantia apparuerit iuditium animi fuisse.* Item *ex l. 3. ff. de diuortio*, vbi dicitur, quod contractus calore iracundiæ non teneat, & in *l. licitatio in principio ff. de public.*, vbi tamen limitat, vt non procedat, quando succedat perseuerantia, quæ arguit animi iudicium, vel quando post calorem fideiussores inuenisset, & præstitisset; vt enim optimè notat *Carocius tract. de loc., & conduct. part. 3 de locat. per iram quæst. 3. n. 4.*, multi mouentur impetu iræ ad aliquid offerendum, vel promittendum, postea verò cum aliquid implendum est pro executione actus quasi frigescunt prouidendo necessaria, quæ requiruntur ad ipsum actum. Hæc ad verbum colligo ex *eodem Carocio loc. cit.* Adde ad vlteriorem vim assertionis, *Bartolum in dict. l. quid calore ff. de regul. iuris*, vbi dicit, iracundiam facere venditionem non valere nisi perseueratam. Ratio autem horum omnium ea est, quia ira, si fuerit vehemens, impedit animum, ne possit cernere verum *in Specul. de aduoc. §. 4. verb. verum*, sicque tollit rationem voluntarij, quod esse nequit sine plena cognitione eius, quod fit, vndè iracundiæ calore dictum, vel factum non debet imputari. *Specul. de præsumpt. verb. sed pone Bald. in addit. Specul. de accus. 2. charta.*

Perseuerantia arguit animi iuditium.

Iracūdia impedit animum, ne cernat verum.

Secunda pars ex eo euincitur, quod leuis concitatio non demit animi iudicium, nec inducit mentis alienationem; vehementèr enim iratus ebullit, & nimium feruendo prorumpit, quod non euenit in leui ira, ergo &c. Accedit, quod grauis, & vehemens ira citò defluit, leuis autem solet durare, nec de facili detegit possessorem, ergo cum ex superius dictis ira, quæ diu perseuerat, non destruat, nec irritet contractum, nec irritare leuis ira, quæ diu solet perseuerare, dicenda est.

Leuis ira solet durare.

Huic nostræ assertioni præcipuè quoad primam partem aduersari videtur textus *in can. sunt qui opes 17. qu. 4.*, vbi sic legitur *sunt, qui opes suas tumultuario mentis impulsu, non iuditio perpetuo, vbi Ecclesiæ contulerunt, postea reuocandas putauerunt. Quibus nec prima merces rata est, nec secunda, quia nec prima iuditium habuit, & secunda habuit sacrilegum*, vbi nota, quod dicitur, quod prima rata non est, per quod significatur, quod donatio non fuit eis fructuosa, vt explicat ibi Glosa, quia iuditium non habuerunt, & quod secunda sit sacrilega, idest reuocatio, quia donatum licet tumultuario mentis affectu non potest reuocari. Sunt, qui asserunt, quod, quamuis donatio facta tumultuario mentis affectu regularitèr non teneat, teneat tamen, si fiat ad pias causas, vt habetur *in d. can. sunt, qui opes*. Nihilominus ex hoc præcisè capite non crederem, absolutè irreuocabilem talem donationem, si etenim esset inualida talis donatio secundum se, non posset reddi valida ex eo, quod fiat, vel facta fuerit in piam causam, quia etiam in piam causam donatio facta sine debito consensu nil roboris habet. Quamobrem ad allegatum textum dicendum est, quod ibi dicatur committi sacrilegium, si res Ecclesiæ donata reuocetur, quia licet

Explicatio text. *in c. sunt qui opes 17. q. 6.*

dona-

donatio facta fuerit tumultuario mentis affectu, adeoque in sui origine non fuerit fructuosa, nihilominus, quia supponitur fuisse cum perseuerantia, & traditione rei, quod innuitur per ly *postea reuocandas putauerunt*, ideò ex tali perseuerantia dicitur, quod non possint reuocari sine sacrilegio, quia supponuntur ex tali perseuerantia factæ Ecclesiæ.

7 Assertio IV. Locatio facta per errorem circa qualitatem personæ conductoris non vitiat contractum locationis, & conductionis. *Castrensis in l. si ignorans ff. locati*, *Vincentius Carocius tract. de locato, & conducto part. 3. tit. de locatione incerta, siue per errorem q. 4. num. 1., & 2. & seqq.* Dixi, *circa qualitatem personæ conductoris*, nam, si error seu ignorantia fuerit circa ius, quod ab omnibus sciri debet, certè locatio non subsisteret, nec locator posset mercedem exigere.

Probatur potissimum assertio ex *l. ignorans ff. locati*. Vbi sic legitur. *Si ignorans quis militi quasi pagano locauerit, exigere illum posse probandum est, non enim contemnit disciplinam, qui ignorauit militem*, ex quibus deducere fas erit, quod, si statuto, vel aliqua lege municipali in aliquo loco, vel Ciuitate cautum sit, ne alicui generi personarum, vel extraneis fiant locationes bonorum in tali loco, vel Ciuitate, & quis ex ignorantia, vel errore eisdem locauerit, adhuc tamen teneat locatio. Ratio autem assertionis, & eorum, quæ dicuntur in allegato textu, ea est, quia huiusmodi ignorantia, cum sit circa factum non est imputabilis locatori quoad culpam, ergo neque quoad pœnam, sicque non est, cur contractus non debeat subsistere.

Locatio facta personis prohibitis contrahere, sed non cognitis valet.

Ad hanc assertionem confirmandam adducit *Glosa in d. l. si ignorans ff. locati*, paritatem in percutiente Clericum non incedentem in habitu, qui ex ignorantia eximitur à pœna Canonis, *si quis suadente &c.*, & in iniuriante matronam procedentem in habitu meretritio, quam Glos. comprobant *Panormitanus in cap. vt famæ de sentent. excommunicat.*, *Baldus in l. si quis per calumniam C. de Episcop., & Cler. cap. si Iudex laicus de sentent. excommunic.*, *Euerard. in loco à verisimili n. 7.*, *Aret. consl. 163. n. 16.*

Percutiēs clericum procedētem sine habitu excusatur à pœna canonis, si quis suadente.

Aduersus assertionem, & probationem militare videntur iura. Primò *in l. qui cum alio ff. de reg. iuris*, vbi dicitur, quod qui cum alio contrahit, debeat esse certus de conditione, & qualitate eius. Secundò *ex l. penult. ff. ad Macedonianum*, vbi dicitur, quod mutuans filiofamilias repetere non possit mutuum, quia debebat prius inuestigare, si erat filius familias, antequam ipsi mutuaret. Tertiò *ex glos. in l. si Titius in verb. ætatis ff. de fideiuss.*, vbi dicitur, quod forensis non excusatur, si contrahat cum minori, quia debebat inuestigare conditionem eius &c. Nihilominus respondendum est, & quidem ad primum dic, textum illum intelligendum esse in hypothesi, qua non esset certus ex ignorantia iniusta, & improbabili, secus quando ex iusta, & probabili, quod clarè euincitur ex illis verbis *in d. l. si ignorans ff. locati, quasi paganorum*, fortassis enim pro pagano se gerebat, & ideò causata est probabilis ignorantia; Ad secundum dicendum est in primis, illum textum procedere, quando commode mutuans scire potuisset illam qualitatem, quod mutuatarius esset filius familias. Ibi *Nisi is, qui sciret, vel scire potuisset filium familias eum, cui credebat*, adeoque dumtaxat quando præstitit ex ignorantia improbabili. Deindè specialis est ratio in mutuante respectu filij familias, ac in locatore respectu conductoris ex statuto prohibiti conducere, nam Senatus consultum Macedonianum inductum est potissimum in fauorem patris familias, ne filius eidem necem moliatur ob restituendum mutuum per ea, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris prænot. 4. nu. 5.*, quod æque sequi potest, siue mutuans fuerit sciens, siue ignorans qualitatis eiusdem filij familias; quod non militat in casu locationis factæ conductori prohibito conducere, vt per se patet, adeoque ex diuersis non valet illatio. Ad tertium dicendum est, etiam procedere ex ignorantia improbabili, & iniusta, secus ex probabili, & iusta, vt explicat eadem *Glos. in dict. l. si Titius verb. ætatis ff. de fideius.* Ibi *Nisi fortè sciuit Titius, vel facilè scire potuit eum fideiussorem minorem*.

Obiecta ex aduerso adducta, eorūq; solutio.

Non currit paritas de mutuante filiofamilias, & quare.

Procedit de ignorantia improbabili.

8 Assertio V. Si error fuerit circa pensionem, quatenus locator senserit de maiori, conductor de minori, non tenet contractus. *Carocius tract. de loc., & conduct part. 3. tit. de locat. incerta, seu per errorem q. 4. n. 8.*

Deducitur expressè *ex l. si decem ff. locati*, vbi sic legitur. *Si decem tibi locem fundum, tu autem existimas quinque te conducere nihil agitur*, rationemque ibi adducit *Castrensis*, quia in hac locati, & conducti materia potius volunt contractum irritum, quam alterum ex contrahentibus deceptum, & damnificatum. Quod, si dixeris in contractu emptionis, & venditionis, non inualidari contractum ex eo, quod in aliquo consurgat aliqua læsio, quinimmò, etiam si sit læsio vltra dimidium, ipso iure contractus non est inualidus, sed rescindendus remedio *l. 2. C. de rescindenda venditione*, ergo neque erit irritus contractus locationis, & conductionis ex illa deceptione, seu læsione præcipuè, cum ex textu *in l. in eo ff. de reg. iuris* dicatur, quod in maiori summa minor insit; statim impugnaberis, quia in contractu emptionis, & venditionis licet fuerit læsio, ex conuentione tamen partium fuit determinatio prætij, sicque dicitur rescin-

Dispar ratio de emptione & venditione, ac de locatione.

dendus, non absolutè nullus; in casu autem, de quo loquimur in materia locationis, & conductionis, non solum adesset læsio respectu vnius, sed etiam pretij indeterminatio, vndè etiam dicitur *in l. quod sæpè §. 1. de contrah. empt.*, quod non valeat venditio, si pretij quantitas in emptoris voluntatem, vel arbitrium transferatur. Ad id, quod subditur, quod in maiori summa minor contineatur iuxta textum *in l. in eo ff. de reg. iuris*, adeoque, quod locator intelligendo de decem videatur tacitè intellexisse de quinque, dicendum est, quod, quamuis in maiori contineatur minor, non tamen consensus ad maiorem trahatur etiam ad minorem, quando est improportio numeri ad æstimationem rei locatæ. Vide, quæ latè tradit *Baldus cons. 307. vol. 1., & in rub. extrà de arbitr., Fulg., & Salicetus in d. l. si decem ff. locati, Baldus in l. 1. col. 1. C. de sent., quæ sine cert. quantit., Alexander cons. 18. col. 1. vol. 1., Iason in l. 1. §. si stipulanti n. 7. ff. de verb. oblig.*

Cōsensus ad maiorem non trahitur ad minorem quātitatem.

Hic multæ insurgunt rationes dubitandi scitu dignissimæ, quę multum conferunt ad hanc materiam locationis, & conductionis.

9 Prima est, an in discordia inter locatorem, & conductorem super mercede, quatenus locator sentit de maiori pensione, conductor verò de minori, & alter asserat se intellexisse de decem, alter de quinque, an, inquam, si postea locator consentiat minori pretio, de quo dicit conductor, teneat locatio. Videtur absolutè dicendum, quod non, quia, quod in sui origine non valet, non potest tractu temporis conualescere, cum igitur *in d. l. si decem §. 1. ff. locati* dicatur, *nihil agitur*, sequitur, quod in sua origine contractus non valeat, adeoq; &c. Nihilominus ex eo tempore, quo consensus positus est locatoris ad minorem, non renuerem, contractum conualidari, & subsistere *Carocius part. 3. de loc., & conduct. tit. de locatione incerta, siue per errorem q. 4. n. 11.* Ratio ex eo deducitur, quia intantum non tenet locatio, inquantum merces est incerta, & agitur de præiudicio locatoris, prout optimè videtur ibi innuisse *Glosa 1. in d. l. si decem*, vbi addit hæc verba, *in præiuditium ipsius*, sed quando locator præbet consensum ad mercedem minorem iam merces redditur certa, nec locator curat de sui præiudicio, ergo non erit, cur postea non debeat subsistere. Ad id, quod ex aduerso dicebatur, dicendum est, non fieri validum id, quod erat inualidum, quasi quod per illum consensum reualidetur in sua origine, se de nouo fieri illum contractum, qui tunc tantum incipit subsistere. Quod, si inquiras, quid erit de illo contractu, antequam positus esset ille posterior consensus, dicendum est remanere in sua origine vsque ad illum quasi in suspenso, & tendere potius ad non valere, quam ad valere.

Per illum cōsensum pensio redditur certa de incerta.

Secunda est, an in tali discordia, de qua supra, si postea conductor consenserit ad maiorem mercedem, de qua testatur locator intellexisse, an, inquam, in hac etiam hypothesi subsistat locatio. Sentiendum est subsistere ab eo tempore, à quo positus est nouus consensus conductoris propter eandem rationem, de qua supra. 10

Subsistit à tempore, quo nouus ponetur consensus.

11 Tertia est, an, si locator sentit de minori, & conductor de maiori, teneat locatio, & stetur dicto eiusdem locatoris. Expressus est textus *in d. l. si decem ff. locati*, quod teneat, & stetur dicto locatoris. Ibi. *Sed & si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, vtique non pluris erit conductio, quam ego putaui.* Ratio est, quia ex vna parte, vt ibi benè notat *Glosa verbo putaui* ille non potest recedere, qui de minori quantitate sensit; ex alia, cum de locatoris interesse agatur, & de re sua bonus sit Iudex, vtique sibi causam dicere potest, sicque &c.

Locator de re sua bonus est Iudex.

12 Quarta est, an locator pro tempore antecedenti ad consensum, per quem dictum fuit, fieri validum contractum, si pro illo tempore res fuerit per eundem locatorem tradita conductori, possit agere ad rem, & fructus, & quomodo. Videtur absolutè dicendum, nullo modo posse agere, quia ex contractu nullo nulli possunt percipi fructus, nullæ possunt oriri actiones. Nihilominus dicendum est, posse agere actione præscriptis verbis ad rem, & fructus, vel actione in factum ex æquitate *arg. l. quoties ff. de præscript. verb., Azot. in summa instit. locat., Baldus in l. contractus col. 3. n. 8. vers. immo, quod magis C. de fid. instrum., Salicetus in l. fin. qu. 4. n. 7. C. de contrab. empt., Antonius Gomez de contract. lib. 2. c. 2. sub n 9.* Ratio est, quia æquum non est, vt quis ex re alterius ditescat, & alter damna sortiatur ex concessione rei suæ; suppono enim, quod res illa locata sit fructifera, quæ proindè Domino fructus parere debet, quando vsus fructus ex vi locationis non subsistentis cedere nequit conductori; neque obesse possunt ea, quæ in contrarium afferebantur, quia licet ex vi contractus locationis non possit fructus parere, parit tamen ex natura sua, & secundum hanc considerationem non debet cedere in fauorem conductoris, sed domini locantis; Neque obesse possunt ea, quæ tradidimus *tom. 1. sub tit. Contract. III. de mutuo, & vsuris Disq. 4. §. 6., & 7. n. 2.*, nempe ex contractu vsurario bona fide inito nullum posse consequi lucrum, quantumuis mutuans alio contractu lucratiuo contraxisset, si cognouisset contractum sub ea ratione non subsistere; non, inquam, obesse possunt, quandoquidem ibi non supponitur, quod res mutuata sit secundum se fructifera, sed dumtaxat ex ipso contractu, quem fuisset mutuans initurus; hic autem

Potest agere, vel præscriptis verbis, vel actione in factum.

Fructus exigit nō ex vi locationis, sed ex natura rei fructiferæ

tes supponitur secundum se fructifera, adeoque &c.

33 Assertio VI. Non est necesse, quod contractus locationis, & conductionis fiat per stipulationem, vel per certam verborum formam, sed sufficientèr perficitur per consensum explicatum etiam per nutus, & signa. In hanc assertionem omnes conueniunt, quos viderim, scribentes in hac materia.

Potest locatio cōtrahi inter absētes per literas, vel per procuratores

Ratio euidens est, quia locatio est ex illis contractibus, qui solo consensu perficiuntur iuxtà textum *in l. 1. ff. locati*, sed contractus, qui solo consensu perficiuntur, non indigent pro sui complemento stipulatione, neque aliqua verborum forma, sed satis est, quod consensus fiat extrinsecè notus aliquo signo materiali, cum debeat esse humano modo exhibitus, ergo &c. Minor probatur, quia, si ad sui substantiam exigeret, vel stipulationem, vel certam verborum formam, iam solo consensu non perficeretur. Vlterius non immoror, quia hac de re fusè alibi sparsim actum ad abundantiam est. Hinc inferes huiusmodi contractum ex genere suo posse inter absentes contrahi, & per literas, si per easdem sufficientèr deferatur consensus, & etiam per procuratores, si sufficientèr constet de mandato dominorum. Hæc omnia habentur *in l. in quibuscunque ff. de act., & oblig. in l. si stipuler §. si in locando ff. de verb. oblig. l. consensit l. quæcunque ff. eodem*.

PRÆNOTIO XIII.

De causa efficiente locationis, & conductionis.

SVMMARIVM.

Rationes dubitandi circa hanc prænotionem. 1.

Nequeunt locare, qui vel ex dispositione iuris, vel ex defectu pleni iudicij rerum suarum non habent liberam administrationem. 2.

Pupilli, & puberes filij familias locare nequeunt. 3.

Nec furiosi, nec amentes. 4.

Conductor seruatis seruandis potest rem conductam sublocare. 5.

Subconductor debet esse æquè idoneus, ac conductor. 6.

Subconductor tenetur pensiones soluere sublocatori. 7.

Bona tamen inducta per subconductorem remanet hypothecata primo locatori. Ibid.

Emphytheuta, & vsufructuarius possunt vsum fructum, & dominium vtile locare. 8.

Emphytheuta potest ad longum tempus locare rem emphytheuticam, si in celebratione contractus dixerit, saluo iure domini directi, si & in quantum &c., nec aliter, nec alio modo. 9.

Beneficiarius Ecclesiasticus, seu Capellanus non potest locare fundos sui beneficij, seu Capellaniæ vltrà triennium. 10.

Potest tamen locare fructus ad sui vitam. 11.

Ius decimarum non potest ad longum tempus locari. 12.

Hæres locatoris tenetur stare contractui locationis inita per suum testatorem, vsque ad tempus &c. 13.

Minores, & pupilli tenentur stare locationi factæ per suos tutores, & curatores tempore curæ, & tutelæ. 14.

Fiscus succedens in omnibus bonis delinquentis tenetur stare locationi per eundē delinquentem initæ ante commissum delictum. 15.

Secus, si succedat tantum in aliquibus bonis certis. Ibid.

Vxor tenetur stare locationi facta à marito in ijs, quæ maritus ipse locauit nomine vxoris, non in ijs, quæ locauit nomine proprio. 16.

Prælatus, seu beneficiarius Ecclesiasticus tenetur stare locationi per antecessorem factæ in ijs, quæ facta fuerunt nomine Ecclesiæ, seu beneficij, non in ijs, quæ nomine proprio, & pertinēt ad proprios vsus beneficiarij. 17.

Successor in maioratu, & fideicommissarius non tenetur stare locationi factæ per antecedentem possessorem maioratus, & hæredem grauatum. 18.

Conductores in ijs euentibus non possunt agere ad interesse de euictione aduersus hæredes locatorum. 19.

Emptor non tenetur stare locationi per venditorem factæ, potest tamen conductor agere aduersus venditorem ad interesse. 20.

Casus, in quibus emptor tenetur stare locationi. 21.

Legatarius regularitèr non tenetur stare locationi per legantem initæ. 22.

Venditor ex pacto de retrouendendo tenetur stare locationi factæ per emptorem pendente termino pacti. 23.

Filius successor in legitima non tenetur stare locationi factæ per Patrem. 24.

Milites prohibentur prædia conducere ad colendum, item curiales, & etiam Clerici, & Monaci in ordine ad lucrum. 25.

Regularitèr hæredes conductoris nequeunt à conductione ante tempus recedere. 26.

SVb hoc titulo multa comprehenduntur scitu dignissima, ex quibus innotescet, quinam huiusmodi contractuum genere possint contrahere, & quinam non. Hic erit sermo primò, quinam possint locare, & quinam prohibeantur, non quidem attenta potentia, vel impotentia rerum secundum se locabilium, vel non locabilium, cum de ijs fusè egerimus suprà, sed considerata præcisè habilitate, vel inhabilitate personarum, vel ex natura sua, vel ex dispositione iuris. Secundò, an conductor possit rem per se conductam alteri sublocare requisi-

to, vel irrequisito domino. Tertiò, an hoc possit præstare emphytheuta, vel vsufructuarius simplex. Quartò, an beneficiarius Ecclesiasticus, seu Capellanus possint locare fundos proprij beneficij, seu capellaniæ. Quintò, an per Ecclesiasticos possint locari fructus decimarum Laicis personis. Sextò, an hæres locatoris teneatur stare contractui location s per testatorem celebrato, si tempus dissolutionis nondum aduenerit. Septimò, an quilibet possit conducere, an verò aliqui excipiantur a iure conducendi, & quinam. Octauò, an locatio facta vni transeat ad eius hæredes, & his similia.

Articuli examinãdi circa hanc prænotionem.

2 Assertio I. Illi omnes locare nequeunt, qui vel ex dispositione iuris, vel ex defectu pleni iuditij rerum suarum non habent liberam administrationem *Filliutius tract. 36 q.4.c.7 n.124., Iulius Clarus lib.4 sentent. §. feudum qu.33., Azorius lib.10.instit. mor. c.2.qu.7., & alij communitèr*, qui, quamuis loquantur in terminis emphytheusis, ex paritate tamen rationis videntur extendere etiam ad terminos locationis.

Est ex defectu liberi consensus.

Ratio facilè ex eo deducitur, quod in ijs omnibus, vel supponitur iuris impedimentum ad contrahendum, quod, sicuti eidem interdicit administrationem, ità quamcunque vsus translationem prohibere censendum est, vel imperfecta animi deliberatio, qua stante non potest esse liber consensus necessarius ad contrahendum, ergo &c.

3 Nequeũt locare pupilli, & filijfamilias.

In particulari deducitur primò, quod pupilli, & puberes filij familias contractu locationis nequeunt res suas concedere; vt manifestè constat ex *l. 1. ff. de rebus eorum, qui sub tut.*, quia in ijs ex iuris dispositione interdicta est administratio, vel quia administratio est sub dispositione patris, vel tutorum, vel quia in ijs non supponitur plenæ deliberationis vsus.

4 Nec furiosi, nec amentes.

Deducitur secundò, quod neque furiosi, neque amentes possint res suas locare propter eandem rationem, de qua supra. Excipiendum tamen est in casibus, quo furiosis non esset interdicta rerum suarum administratio, & lucida interualla interessent, quia tunc ex alibi dictis non est, cur esset irritanda locatio, cum ius plenum haberent in rebus suis, & ex dispositione iuris non interdicerentur ad sic contrahendum.

5 Assertio II. Conductor potest seruatis seruandis rem sibi locatam alteri sublocare *Panormitanus in c. inter dilectos de fid. instrumenti Glosa in l. nemo C. locati, Azorius instit. mor. part.3. lib.8. c.3. q.8., Carocius tract. locati, & cond. part. 1. tit. de sublocatione.*

Cõditiones seruandæ in sublocatione.

Dixi, *seruatis seruandis*, inter quæ est potissimum primò, quod sublocatio fiat personæ idoneæ, prout benè notat *Glosa cit. in l. nemo C. de locato, & ibi Cinus, Baldus, Salicetus, & alij*, & plurimum commendat *Glosa in l. cum in plures glos. 1. ff. locati per l. non alitèr ff. de vsu, & habit.*, nec incongrua sane ratione, non enim æquum est, vt constituatur dominus deterioris conditionis, reique ipsius quoad vsum transferatur apud personam non idoneam. Hic duplex insurgit ratio dubitandi. Prima est, an sufficiat, vt persona, cui fit sublocatio, sit idonea; an verò requiratur, vt sit æquè idonea, ac persona primi conductoris. Secunda est, an in hac suppositione persona, cui fit sublocatio, teneatur soluere pensiones domino, qui primo locauerat, an verò conductori, qui sibi sublocauit. Ad primam dicendum est, non sufficere idoneitatem personæ positiuè, sed eandem requiri comparatiuè, quatenus sit æquè idonea, ac persona primi conductoris. Colligitur *ex glos. in l. cum in plures ff. locati*, vbi, cum referatur textus in *l. non alitèr ff. de vsu, & habit.* videtur consequentèr deduci requiri æqualem idoneitatem, dum ibi præcipitur non recipi in domum personas minus honestas, & laudabiles; ex qua glosa habetur, quod mulier, quæ conduxit domum in vicinia, non possit lupanaria, & alia inhonesta facere, quod scholaris non possit inducere in domo conducta ganeas, quod etiam videtur euinci *ex l. æde C. locati*, ex quibus deducitur, quod, si conductores non possint talia præstare, multo minus possit sublocare alijs, qui hæc præstent. Insuper, quod non possit conductor domum conductam sublocare personæ rixosæ, à qua damna timeantur primo locatori. Item, quod, qui conduxit apothecam in platea, vbi exercentur artes viles, in qua tamen apotheca consuetum fuerit exercitium minus ignobile, non possit eandem sublocare ad exercitium artis vilis, quantumuis in tali platea conducantur apothecæ ad huiusmodi ignobile exercitium per ea, quæ notat decisa *Carocius tract. de locato, & conducto p.1. sub tit. de sublocatione q.1. num.9.*, quorum omnium ea ratio est, quia ius habet locator, ne res sua deterioretur quoad æstimationem. Quod, si hic inquiras, ad quemnam spectet probare in controuersia, an persona, cui fit sublocatio sit æque idonea, necne, an ad Dominum proprietatis, an verò ad primum conductorem? Crederem onus probandi spectare ad Dominum proprietatis; fundamentum enim intentionis suæ quilibet probare tenetur *l. qui accusare C. de edendo l. ei qui ff. de probationibus Pedemont. decis 144. nu.15.* Ad secundam asserendum est, subconductorem teneri soluere pensiones sublocatori, quamuis ipsius bona inducta in re sibi sublocata tacitè hypothecata remaneant Domino proprietatis pro pensione soluenda Domino. *Molina tract. 2. disp.497.n.7., Reginaldus lib 25.nu.505., Bonacina disp.3.qu.7. punct.1. proposit.2. num.5.* Ratio primæ partis est, quia cum subloca-

6 Idoneitas subconductoris debet esse compratiua, & quomodo.

Personæ, quibus nõ potest fieri sublocatio.

In æqualit idoneitatem in controuersia debet probare locator.

7 Solutio per conductorẽ facienda est sublocatori.

tore

pore ipse contractum inijt, ergo eidem debet soluere mercedem; non enim cum eodem contraxit conducere nomine domini, sed proprio. Ratio secundæ partis colligitur *ex l. solutum §. solutum ff. de pignor. act.*, hocque expresse docuit *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 3. qu. 8.*

Inter seruanda est secundò, quod per dominum proprietatis in prima locatione non fuerit appositum pactum, quod per conductorem res conducta alteri non sublocetur; huiusmodi enim pactiones adamussim seruandæ sunt, cum non sint contrariæ naturæ contractus, & dominus potest velle, vt res sua in vnum transeat quoad vsum, & vsumfructum, & non in alterum.

Dominus retinet possessiones suas per nouissimum conductorem.

Probatur iam assertio *ex l. nemo C. locati*, vbi sic legitur *Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam, alij locare, si nihil aliud conuenit. arg. l. aequissimum §. fin. ff. de vsufructu, & l. sed, & si quid §. mancipiorum eod. & l. non aliter ff. de vsu, & habit.* Nec arbitrandum est, quod in ea hypothesi dominus amitteret possessionem, cum non remaneret res apud eum, cui ipse locauit; non, inquam, arbitrandum, quandoquidem Domius retineret possessiones suas per nouissimum conductorem *l. qui vniuersas §. fin. ff. de acquir. possess., & l. si cui locauerim §. fin. ff. locati, & l. cum in plures ff. eod.*

Locator transfert solummodò facultatem vtendi retento iure penes se.

Dices, conductor non habet, nisi ius fruendi in tali re, ergo non potest respectu eiusdem esse locator, cum de ratione locationis sit, quod dominium rei locatæ remaneat penes locatorem, & solum vsusfructus transferatur in conductorem. Sed contra; responsionem ad instantiam recole ex superius dictis, ipse enim locator transfert solummodo facultatem percipiendi fructus vel vtendi retento iure penes se. Deindè dici potest, quod sufficiens sit, quod dominium remaneat penes dominum proprietatis.

8 Assertio III. Emphytheuta, & vsufructuarius potest res, quarum vsufructu, & dominio vtili gaudet, alteri locare. Ita expresse *Oguate tract. 35. de locatione disp. 128. sect. 1. nu. 6., & 7.*, & est communis.

Maius ius habet emphytheuta, & vsufructuarius, quam conductor.

Probatur, quia non est aliqua ratio, nec ius, quod possit obsistere huiusmodi locationi, quandoquidem tàm emphytheuta, quàm vsufructuarius habent plenum ius quoad vsumfructum talis rei, ergo non est, cur illam non possint locare. Accedit, quod per superius probata conductor potest rem sublocare, ergo etiam vsufructuarius, & emphytheuta poterunt &c. cum isti maius ius habeant, quam simplex conductor. Hinc regulariter feudatarij res feudales nemine discrepante locant &c.

Dices primò, emphytheuta non potest rem emphytheuticam alteri in emphytheusim dare, secus recidit in incommissum *Iason in l. fin. num. 110. C. de iure emphytheutico*, & nos etiam plenè docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphyt., & censib. prænot. 7. nu. 31.*, ergo neque eandem rem poterit alteri locare. Sed contra; neganda est consequentia, quia locatio supponitur, quod sit ad modicum tempus, ex quo per eam non transfertur dominium, nec possessio *l. non solet ff. locati*, atque iuxta hanc exceptionem loquuntur *Baldus cons. 347. lib. 3., Tiraquel de retract. lignag. §. 1. glos. 14. sub num. 82., Alexander cons. fin. in fin. lib. 3.* hoc autem modicum tempus extendunt vsque ad quinquennium *Ioannes de Porta in l. si filiofamilias §. si vir ff. soluto matrimonio, Firman. in verb. emphytheuta loc. vers. fin.* Limitandum tamen est secundum aliquos in emphytheusi Ecclesiastica, quod tamen ità clarum non videtur, quandoquidem ex eo, quod res illa sit solita dari in emphytheusim, non videtur ad minores angustias reducenda; si enim illud tempus secundum se non est tale, vt per ipsum transferatur dominium, & possessio, & ex se res illa, vtpotè solita tradi in emphytheusim, non habeat ius aliquod obsistens, non est, cur &c.

Locatio est ad modicũ tempus, & non cũ translatione dominij vtilis.

Dices secundò, emphytheuta non potest constituere seruitutem in re emphytheutica in præiuditium domini, *Veronensis de seruit. lib. 15. cap. 14. col. 1., Iulius Clarus in §. emphytheusis qu. 21.*, ergo nec potest eandem locare, quia locatio est noua seruitus, quæ in re emphytheutica constituitur. Sed contra; neganda est consequentia, quia locatio in rigore non est noua seruitus contradistincta a seruitute inducta per ipsam emphytheusim, sed solummodò eadem de vna in alteram personam translata, & quidem ad modicum tempus, per quod nec transfertur dominium, nec possessio per supra allegata iura.

Locatio nõ est noua seruitus.

Hic suboritur difficultas, an emphytheuta possit rem emphytheuticam locare ad longum tempus, si in instrumento locationis emphytheuta dicat, *Saluo iure Domini directi, si, & quantum iure possum, nec aliter, nec alio modo*. Respondendum est affirmatiuè *Baldus in c. 1. §. donare tit. qualiter feudum col. fin., & in addit. ad specul. in tit. de locat. vers. nunquam, Ripa lib. 3. respons. c. 1. num. 3., Iulius Clarus in §. emphytheusi qu. 13. vers. item quæro*. Ratio est, quia in hac hypothesi emphytheuta non locat ad tale tempus rem locatione absoluta, sed dumtaxat conditionata. Certior tamen esset cautela in eadem hypothesi, vt ante actualem consignationem prius requireretur consensus domini directi, qui, si repugnarit, rescindenda esset locatio, si verò consenserit, non est, cur emphyteuta possit timere, *Cagnolus ad l. 2. qu. 16. C. de pactis inter emptorem, & vend. Vulpell. respons. 43. num. 2.* 9

Nõ locat absolutè, sed cõditionatè.

Assertio IV, Beneficiarius Ecclesiasticus, 10

seu

seu Capellanus non potest locare fundos suæ Capellaniæ, seu beneficij vltra triennium. Est communis, & expressè habetur in ijs, quæ trademus *sub tit. Alienatio bonorum Ecclesiasticorum*.

Omissis alijs iuribus, quæ præcipiunt res Ecclesiasticas non alienari ad longum tempus, & præcipuè *Clem. 1. de rebus Eccl. non alienandis, & c. fin. Ne Prælati vices suas*, me confero pro probatione asserti ad extrauag. *Pauli II. incipient. Ambitiosæ*, inter extrauag. communes de rebus Ecclesi. non alienandis, vbi expressè prohibetur locatio vltra triennium. Hic variæ insurgunt rationes dubitandi, an valeat locatio vltrà triennium, puta ad nouennium, ita tamen, vt de triennio in triennium intelligatur renouata locatio. Secundò, an, si fiat ad nouennium, sit etiam irrita pro triennio. Sed his satisfactum est supra, & satisfiet etiam infrà, & alibi.

11 Potior difficultas examinanda est hic, an Clericus beneficiarius possit fructus sui beneficij ad vitam ipsius locare. Respondent *Abbas c. vlt. ne Prælati vices suas Coaruuias lib. 2. var. resol. c. 16. num. 6. vers. sexto visum est Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 3. q. 5.*, quod vtique potest, quandoquidem per iura præallegata solum præcipitur, ne Ecclesiasticus res, fundos, & iura Ecclesiastica, seu beneficij sui locet vltra triennium, sed fructus talis beneficij non sunt res, seu fundi Ecclesiæ, cum beneficiarius illos possit vendere, ergo &c. Cui opinioni adhærendum censeo, si Ecclesiasticus, seu beneficiarius fundum apud se retineat, & quoad dominium, & quoad vsumfructum, & possessionem, & postea fructus ex vi conuentionis teneatur conductor eorundem persoluere. Ratio est, quia tunc non læditur ius Ecclesiæ, nec potest esse species alienationis quoad fundum, seu res immobiles Ecclesiæ, & inalienabiles, quandoquidem semper res remanet, & quoad dominium, & quoad possessionem apud beneficiarium, & Ecclesiasticum.

Potest locare fructus beneficij ad sui vitam

Non læditur ius Ecclesiæ.

12 Hac eadem ratione euincitur, quod ius decimarum non possit ad longum tempus locari, possint tamen locari fructus eiusdem ad vitam habentis ius easdem percipiendi, prout notant *Panormitanus in cap. vestra de locato, Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 3. qu. 7.* quos tu recole.

13 Assertio V. Hæres locatoris tenetur stare contractui locationis per eundem locatorem factæ, si tempus dissolutionis nondum aduenerit. In hanc assertionem propendent communitèr Doctores tum Theologi, tum iuris interpretes.

Expressè hęc assertio colligitur *ex l. viam veritatis C. de locato*, vbi sic legitur *viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere hæredes conductoris existimans, cuius siue perpetuò conductio est etiam ad hæredes transmittatur, siue temporalis intra tempora locationis hæredi quoque onus contractus incumbat*, ex quo si arguo, si hæredes conductoris tenentur stare contractui conductionis per suum testatorem initæ, cum testator in eosdem omnia onera transferat, à simili sequitur, quod hæredes locatoris teneantur eidem locationi insistere, vt pares sint vtriusque contrahentis conditiones.

14 Hinc in particulari deduco primò ex paritate rationis minores, & pupillos, vel qui pro minoribus, & pupillis computantur, teneri stare locationi factæ à suis tutoribus, vel curatoribus finita tutela, vel cura *Molina disp. 492. num. 15. Mantica de tacitis, & ambig. conuent. lib. 5. tit. 10. num. 23, Gomez 2. var. cap. 14. num. 51., Azorius institut. mor. part. 3. lib. 8. cap. 6. quæst. 5., Bonacina disp. 8. qu. 7. punct. vlt. proposit. 2. num. 7.* expressè colligitur *ex l. si tutela ff. de admin. ist., & peric. tutor.*, & ea ratione euincitur, quia, quæ agunt tutores, & curatores perseuerante tempore tutelæ, & curæ, intelliguntur agere non nomine proprio, sed nomine pupillorum, & minorum, quorum habent tutelam, & administrationem, vel ex voluntate expressa testatorum, vel ex dispositione Iudicum.

Pupilli, & minores stant cōtractui inito per curatores

15 Deduco secundò, Fiscum succedentem in omnibus bonis delinquentis, qui ante commissum delictum locauerat aliqua sua bona, teneri stare locationi per eundem factæ. Dixi *succedentem in omnibus bonis*, nam, si in aliquibus bonis certis Fiscus dumtaxat succedat, non tenetur stare locationi, quia est successor particularis, *Curtius Sen. cons. 10. num. 1., Ferdinandez Lopez in l. filius familias §. Diui nu. 441. ff. de leg. 1., Emanuel Suarez in suo thesauro littera C, in verb. Conductor num. 212.* Cuius ratio ea est, quia singularis successor non tenetur stare colono *l. emptorem C. locati, & notant Doctores in l. si filio §. si vir. in quinquennium ff. soluto matrimonio, Innocentius, & Doctores in c. fin. Ne Prælati vices suas, Baldus in l. 1. verb., sed quid in deportato C. de Sacros. Eccles. in l. si tutor. C. de ser. pig. da. ma., Petrus de Ancharano cons. 129. Incip. pro, & contra subtiliter*, & si hoc verificatur in quocunque priuato singulari successore, non video, cur verificari non debeat in Fisco, quando succedit in bonis certis. Dixi, *qui ante commissum delictum locauerat*, nam, si delinquens contractum locationis celebrarit post commissum delictum, ob quod ipsius bona veniunt publicanda, seu confiscanda, tunc Fiscus succedens non tenetur stare eidem locationi, quantumuis generalitèr succedat *Molina disp. 491. num. 1., Reginaldus lib. 25. nu. 543., Sanchez in summa lib. 2. c. 22. nu. 53.* Ratio est, quia tunc Fiscus iam ius aliquod quæsiuit in illis bonis, cui propterea nequit

Singularis successor nō tenetur stare colono.

delin-

delinquens præiudicare. Neque obesse potest, si asseratur, fiscum non acquirere immediatè, & ipso iure illud ius, sed dumtaxat post sententiam, adeoque, si contrahat ante illam, non possit fiscus ab illo contractu recedere; non, inquam, obesse potest, quia in primis *Valentia tom. 3. disp. 7. qu. 5. punct. 6. vers. ex quo deindè*, *Arragonius secunda secunda qu. 11. art. 3. vers. iam dicendum nobis*, *Salonius secunda secunda qu. 62. art. 3. contron. 1. post tertiam conclusionem*, *Gomez 3. var. c. 2. num. 3.*, vbi citat Bartolum, Imolam, & alios, & testatur esse communem opinionem, asserunt absolute delinquentem statim post commissum delictum amittere dominium bonorum, hocque in fiscum transire. Deindè, licet requiratur sententia, ea tamen immediatè posita amissio dominij incipit a die commissi delicti, quia talis sententia non est condemnatoria, cum ipso iure sit imposita, sed dumtaxat declaratoria commissi delicti, qua posita retrotrahitur pæna ad eundem diem patrati delicti, ac si tunc temporis lata esset declaratio; atque sic expresse explicat *Bonacina pluribus citatis disp. 3. quæst. 8. punct. vltim. §. 3. n. 1. in respons. ad obiectionem.*

Sententia est declaratoria, non condemnatoria.

His tam sic explicatis probatur iam, quod fiscus succedens in omnibus bonis delinquentis, qui ante delictum locauerat, teneatur stare locationi *ex l. 2. C. ad leg. Iuliam de vi publ.*, vbi dicitur, quod tam ius agendi, quam ius conueniendi, & ius excipiendi in confiscatione omnium bonorum transeat in fiscum, & quod hic pro quota bonorum ad eum peruenta teneatur creditoribus, & ratio est, quia tunc fiscus computatur, vt hæres, & successor vniuersalis; hæres autem, & successor vniuersalis tenetur stare locationi, hocque docet expresse *Peregrinus de iure fisci lib. 5. tit. primo n. 74.* Ibi. *Ego autem infero fiscum teneri stare venditionibus, & locationibus per condemnatum factis, licet secus esset, cum publicatio facta fuisset particularitèr de aliqua re, & ità post Baldum intelligo textum in l. fin. fundus quem mihi locaueris ff. locati.* Si autem obiter hic inquiras, cur teneatur successor vniuersalis stare locationi, non sic particularis, ea est, quia in vniuersali successore transeunt omnia iura, actiones tam actiuæ, quam passiuæ, non sic in singulari, quia personalis actio, quæ est de iure communi ex locato, non transit in eum, *Guido Papa decis. 180.*

Tunc fiscus computatur, vt hæres.

In vniuersali successore transeũt omnes, tàm actiuæ, quam passiuæ.

Deduco tertiò, vxorem teneri stare locationi factæ à marito in ijs, quæ maritus ipse locauit nomine eiusdem vxoris, non verò in ijs, quæ locauit nomine proprio. Ex hac deductione in particulari subinfert *Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct. vltim. propositione 2. num. 8.*, quod vxor teneatur stare locationi factæ à marito quoad bona paraphernalia, non sic quoad dotalia, quia illa supponitur facta nomine vxoris, hæc nomine proprio eiusdem mariti, cuius rationem adducit *Molina de iust., & iur. tract. 2. qu. 492.* asserens, quod de iure communi administratio paraphernalium bonorum non competat marito, sed vxori, atque ideò, si maritus ea administret, hoc sit ex consensu eiusdem vxoris, sicque nomine eiusdem, quod non militat quoad bona dotalia, quorum administratio pertinet ad eundem maritum, qui propterea, si locet, intelligitur nomine proprio locare; atque idem *cum eodem Molina* sentiunt *Coaruuias 2. var. resol. cap. 15. nu. 5*, *Antonius Gomez 2. tom. var. resol. c. 3. n. 8. concl. 1.*

Quænam sint ea, quæ præsumũtur locata nomine vxoris, & quæ nomine mariti.

17 Deduco quartò, Prælatum, seu beneficiarium Ecclesiasticum successorem teneri stare locationi factæ per antecessorem, si locatio facta fuerit nomine Ecclesiæ de rebus pertinentibus ad ipsam Ecclesiam, secus autem, si facta fuerit locatio nomine eiusdem beneficiarij, seu Prælati nomine proprio, & de rebus suæ dignitatis pertinentibus ad proprios vsus, & sustentationem *Molina disp. 492. num 6.*, *Siluester verb. locatio q. 11.*, *Reginaldus lib. 25. n. 541.*, *Coaruuias 2. var. c. 5. ad finem*, *Riccius verb. alienatio decis. 123.*, *Abbas in sua q. 3. incip. Sempronius col. 11. cum seqq. verb. ad quintum.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia talis locatio facta est nomine non proprio eiusdem Prælati, sed Ecclesiæ, cui præest, & sicuti locatio facta per tutorem, seu curatorem nomine pupilli, seu minoris tenet, si facta fuerit durante tutela, seu cura per superius probata, ita non est, cur tenere non debeat, & obligare successorem locatio facta nomine Ecclesiæ, durante administratione Prælati, seu beneficiarij Ecclesiastici, præcipuè, cum ipse Prælatus in ordine ad talia bona computetur, vt Curator, & Ecclesia, vt minor, seu, vt pupillus. Hic tamen aduertendum est, quo ad obligandum successorem tria debeant interuenire, si excedat tempus triennij. Primò, quod facta fuerit nomine Ecclesiæ. Secundò, quod intercesserit auctoritas superioris. Tertiò, quod ad vtilitatem Ecclesiæ fuerit celebratus contractus, *Geminianus conf. 17. circa primum num. 8., & 9.*, *Angelus conf. 245. per totum, & præcipuè num. 9.*, *Castrensis conf 2. n. 3. per totum lib. 1.*, *Ancharanus conf. 116. per totum.* Ratio secundæ partis ex eo euincitur, quod actum est nomine proprio, non successoris, & de re, de qua non poterat pacisci, nisi pro tempore, quo ipse retinebat beneficium.

Prælatus, & beneficiarius comparatur, vt curator, & tutor, & quãdo.

Debent seruari conditiones ad hoc requisitæ.

Hic tamen aduerte, quod, si Prælatus locauerit pro tribus annis, & etiam exegerit pensiones pro tempore successionis, seu successoris, hic non teneatur stare locationi, nisi ab hæredibus prædecessoris, vel a con-

Quædam exceptio ad prædicta explicatur.

conductore sibi soluantur pensiones sui temporis *Calderin. cons.285. alias 7.de locato, Castrens. cons.2.n.3., & per totum lib. 1., Abbas in qu.3. col.14. vers. quoad secundum, Baldus cons.255., Abbas fecit lib.1.*, qui tamen vult, quod teneatur stare locationi, quando nomine Ecclesiæ, & de consensu conuentus facta est locatio, quod non improbabile existimo.

18 Deduco quintò, successorem in maioratu, & fideicommissarium non teneri stare locationi factæ per præcedentem possessorem maioratus, aut hæredem grauatum *Molina lib.1.primogen. c.21.n.1., Alter Molina tract.2.de iust., & iur. disp.491. n.2., Antonius Gomez 2.var.resol.c.3.n.8.concl.3., Gregorius Lopez lib.2.tit.8.part.5.verb.alheredero, Aluarus Valascus de iure emphyth. qu.20.in calce nu.19.*, hocque expressè colligitur quoad fideicommissarium *ex l.peto §. prædium ff.de legat.2.*, & quoad successorem in maioratu *ex l.si quis domum §. hic subiungi ff. locati*, & vtrumque arguitiuè *ex l. lex vectigali ff.de pignoribus*. Ratio horum omnium ea est, quia præcessor in maioratu, & grauatus hæres non habent ius circa bona maioratus, nisi durante eorum vita, quod idem dicendum est de grauato in hæreditate, nec ea administrare possunt nomine successorum, ergo ipsis pereuntibus successores non tenentur stare contractui per illos inito. Consequentia tenet *ex ead. l. lex vectigali ff. de pignor.*, quia resoluto iure dantis resoluitur ius accipientis.

Præcessor in maioratu, & hæres grauatus nô habet ius, nisi durante eorum vita.

19 Hic oritur ratio dubitandi, an conductores in ijs euentibus agere possint ad interesse de euictione aduersus hæredes locatorum, si successor stare nolit contractui. Respondendum est regulariter procedendo non posse sic agere. Ratio est, quia in illo contractu nulla interuenit deceptio, & conductor sciens illa bona esse grauata, debebat sibi consulere, qui propterea sibi debet imputare, si casus obueniat, ob quem præmorientibus locatoribus contractus debeat dissolui. Verumtamen est, quod, si locatores in ea hypothesi quid amplius exigerint, quam ipsis deberetur, possint conductores aduersus hæredes locatorum agere ad restitutionem illius excessus per ipsos soluti eisdem locatoribus. Quod, si supponas, quod locatores deceperint conductores asserentes se maius ius habere, ac re vera habeant, vel non aperientes suum ius dimminutum, cum conductores iustam rationem non haberent sciendi, eos non posse ea bona locare ad tempus post suam vitam; tunc dicendum est, conductores posse agere aduersus hæredes locatorum ad interesse, vt colligitur *ex cit. l. si quis domum §. hic subiungi ff. locati*, & quidem iure merito, quandoquidem sic decipiendo, vel non aperiendo, cum aperire teneretur, fuit causa cessationis illius interesse.

In illo côtractu nulla supponitur interuenire deceptio.

Deduco sextò, Emptorem non teneri stare locationi per venditorem factæ; in hac tamen suppositione conceditur regulariter actio conductori aduersus eundem venditorem ad interesse. Hoc expressè habetur *in l. emptorem C. de locato, & in l.si merces §. qui fundum ff. locati*, & quod conductor possit agere aduersus venditorem, vel eius hæredes, si ille fuerit præmortuus, habetur *ex l. qui fundum ff. locati ex l. nihil §. vlt. ff. de legat. 2.* Ratio primæ partis ex eo deduci potest, quod emptor est particularis successor; successor autem particularis non tenetur stare ex prædictis locationi per suum antecessorem factæ, cum non rapræsentet personam locatoris, nec ipsius obligationes suscipiat. Ratio verò secundæ partis ea est, quia ex quo locauit ad certum tempus tenetur pro illo tempore servare indemnem conductorem, quod, si ex vi locationis non prohibeatur rem suam vendere, non eximitur tamen ab onere erga conductorem, cuius indemnitati debet consulere, vel in venditione reseruando ius conductoris ad vtendum re conducta pro illo tempore, pro quo est concessa, vel se obligando ad ipsius interesse. Hæc, quæ dicta sunt, intelligenda sunt solum modo, quando locatio esset ad modicum tempus, si enim esset vltra decennium, iam tunc etiam particularis successor teneretur stare contractui per suum locatorem sibi facto *Glosa in d. l. emptorem C. de locato, Coaruuias 2. var. resol. c. 15. n. 2., Antonius Gomez 2. tom. variar. resol. c.3. n.9., Aluarus Valascus de iure emphytheut. q. 29. n. 19.* Ratio autem ea est, quia talis contractus transit in emphytheusim per ea, quæ alibi docuimus, per quam emphytheuta comparat ius in re, nempè vtile dominium, adeoque etiam actionem realem non merè personalem, quando autem quis habet ius in re, non potest compelli ab ea recedere. 20

Emptor est particularis successor.

Intellige, si locatio facta fuerit ad modicû tempus.

Hic insurgit ratio dubitandi, an in aliquo saltem casu, quando locatio facta est ad modicum tempus, & facta est rei locatæ venditio, teneatur emptor stare locationi per venditorem factæ. Multos enumerant casus *Molina de contractibus tract. 2. disp. 490. à n.3. vsque ad fin., Azorius instit. mor. part.3. lib.8. c.6.qu.9.* inter quos est primò, quando venditor per pactum, siue expressum, siue saltem implicitum ad hoc obligauit emptorem *l. emptorem C. de locato l. si merces §. qui fundum ff. locati l. si mercedem §.vltim.ff.de act.empt.* Secundò, quando emptor conuenit cum conductore, vt in re sibi locata perseueret cum eisdem conditionibus, quibus primò fuit initus contractus cum venditore, textus *in ead. l. emptorem C. de locato*. Tertiò, quando conductor in celebratione contractus conuenit cum locato- 21

Enumerantur aliqui casus, in quibus emptor tenetur stare locationi per venditorem factæ.

cato.

eatore, vt res locata sibi maneret hypothecata, & quod locator durante tempore locationis non possit eandem rem alienare, *Caldas de renouat. Emphytheusis q. 12. n. 16., Aluarus Valascus consult. 76. num. 7., Coaruuias 2. var. resol. c. 15. n. 3.* Dixi, *vt res locata sibi hypothecata maneret in securitatem contractus*, quod intelligunt nonnulli de hypotheca speciali in tali re; nam, si esset hypotheca dumtaxat generalis, hoc ius non competeret conductori, quandoquidem posset tutus reddi in alijs rebus eiusdem venditoris. Hic casus expressè habetur *in l. si creditor §. vlt. ff. de distract. pign.* Sed adhuc censendum est, quod emptor non posset expellere conductorem, quantumuis esset apposita solum hypotheca generalis in omnibus bonis eiusdem locatoris, vt asserunt *Bartolus, & alij apud Coaruuiam loc. cit.*, & ratio est, quia, qui habet omnes res locatoris hypothecatas, potest ad quamcunque voluerit agere, & cum rem locatam habeat quodammodo sub sua potestate potest hanc velle &c. Quartò, si in aliquo Regno, Prouincia, vel Ciuitate statuto cautum sit, ne emptor conductorem soluentem tempore opportuno mercedem excludat.

22 Legatarius, & singularis successor.

Deduco septimò, legatarium regulariter non teneri stare contractui celebrato per testatorem legantem in re legata. Conformis est ijs, quæ supra diximus, nam ipse est successor singularis; successor autem singularis ex allegatis iuribus non tenetur stare contractui locationis inito per suum prædecessorem in tali re. Accedit, quod, qui acquirit rem aliquam locatam, vel titulo emptionis, vel titulo donationis, non tenetur stare contractui locationis inito, vel per venditorem, vel per donantem per ea, quæ supradiximus, & quæ habentur *in l. qui fundum ff. locati, & in l. nihil § vlt. ff. de leg. 1.*

23 Deduco octauò, venditorem ex pacto de retrouendendo teneri stare locationi factæ per emptorem pendente termino pacti *Baldus ad l. 1. in fin. C. de iure Fisci lib. 10., Cagnolus in repet. l. 2. quæst. 2. C. de pactis inter empt., & vendit., Alexander ad l. si filiofamilias §. fin. nu. 10. ff. solut. Matrim. Tiraquel de retract. conuent. §. 3. glos. 1. num. 14., Socin. cons. 125. lib. 1., Rolandus cons 49. n 3. vol. 2., Borgnin. decis. 26. in fin. part. 2., Guido Pap. decis. 580. sub nu. 5.* Rationem adducit Baldus, quia emptor interim re fruitur ex voluntate venditoris, quia redimendo impediret ea frui *l. si vir ff. de præscriptis verb.*, ex quo sequitur, quod etiam ex eadem voluntate videatur locasse, & sic, quod teneatur venditor stare locationi, cum ex eo, quod venditor differat redimere, consentiat cuicunque vsui, a quo propterea non videtur posse amplius recedere. Addunt aliam rationem *Glosa in l. diuortio vers. neq; in verb. tertia portio vers. sed opponitur ff. soluto matrim., Bartolus in l. postulatione §. 1. num. 4. ff. ad Senatus Consul. Trebel., Saliceius in l. emptore in 6. oppo. C. de locato*, quia scilicet singularis successor necessarius, in quem quis cogitur dominium transferre, tenetur stare locationi, sed hoc euenit in casu, de quo loquimur, ergo &c. Neque obesse possunt ea, quæ superius dicta sunt, quod scilicet resoluto iure locatoris resoluatur etiam ius conductoris, potissimum cum resolutio fiat ex causa antecedenti, & necessaria; non inquam, obesse possunt, quia, quamuis resoluatur per redemptionem ius locatoris, quia tamen emptor locauit voluntate venditoris, ideò ius conductoris non resoluitur, cum firmetur in voluntate eiusdem venditoris; cum dici soleat, quod ille, qui consentit contractui super re sua videatur actum celebrare *Baldus in l. si vt proponis C. de seru. pig. dat. ma., Bartolus in suo cons. 134. incip., Catholis.* Verum tamen est, limitandam esse assertionem in casu, quod huiusmodi locatio facta fuisset in fraudem, quia tunc non est præsumptio voluntatis eiusdem venditoris, adeoque &c. *Baldus in c. 1. col. vlt. vers. sed quod si nondum quib. mod. feud. ammittatur.*

Ius firmatur in volũtate venditoris.

Deduco nonò, Filium successorem in legitima non teneri stare locationi factæ per Patrem, quidquid obstrepat *Borgninus decis. 25. par. 2. n. 2., & in repert. suarum decis. in verbo electio, & extractio propè medium*, qui tamen non probat. Ratio huius deductionis ea est, quia legitima debetur omni incommodo, & quauis obligatione detracta *l. omnimodo, & l. quoniam nouello C. de inoffic. testam.* Et in legitima filius debet esse omninò liber, non esset autem liber, & legitima non esset sine onere, si filius in eadem succedens teneretur stare locationi factæ per Patrem. 24

24 Filius in legitima debet esse omninò liber.

Assertio VI. Vltra eos, qui vel defectu pleni iudicij, vel prohibitione administrationis interdicuntur contractus conductionis inire, ex dispositione etiam iuris prohibentur milites in ordine ad prædia colenda, & etiam Curiales, & etiam Clerici, & Monaci in ordine ad lucrum, si tamen excipias casum necessitatis, & nisi succedant conductori *Azorius institut. mor. part. 3. lib. 8. cap. 3. quæst. 1., 2., & 7., Bonacina disp. 3. qu. 7. punct. 1. proposit. 3. num. 9.* 25

Prima pars expressè habetur *in l. milites, & l. licet retro C. de locato*, & quidem iure merito hoc dispositum est, ne scilicet milites culturæ addicti arceantur à militaribus curis, & minus sint addicti militiæ, neve vicinis armis inferant iniuriam, quas rationes optimè considerauit *Azorius loc. cit* vndè, si sic contrahant, mulctantur ipso iure infamia, amittuntque gradum, & cingulum militarem, & locatio ipso iure est irrita *d. l. licet retro C. de locato*. Dixi *ad prædia colen-*

Rationes quibus arceantur milites à conducendis prædijs ad colendum.

colenda, non enim negauerim posse conducere domum necessariam ad habitandum, & stabulum ad equos nutriendos, prohibitio etenim est stricti iuris, nec extendenda vltra enuntiata, quinimmò talis conductionis ius expresè habetur *in glosa in d.l. milites C. de locato*.

Secunda pars expresè habetur *in l. Curiales C. de locato*; nomine autem curialium veniunt illi, qui obstricti, & obligati sunt Curiæ, vt sunt rerum Fiscalium administratores.

Tertia pars habetur *ex c. 1. Ne Clerici, vel Monaci*, & hoc ob eam rationem, ne amoueantur à cultu sacrorum, & spiritualium. Quod autem excipiendus sit casus necessitatis ex eo deducitur, quia potissimum inductum est illud interdictum ad amouendos animos personarum sacris addictarum a lucro, & à propensione ad idem acquirendum, quæ ratio cessat, dum præstant ex necessitate. Vide, quæ latè diximus *tom. 1. sub tit. Contractus II. de empt., & vendit. prænot. 13. num. 15*. Quod item excipiendus sit casus, quo Clerici, vel Monaci succederent conductori ex paritate rationis deducitur *ex l. Decurio ff. de decurion.*, *Decano, qui prohibetur conducere quædam, si iure successerit in conductionem remanet in ea, quod, & in omnibus similibus seruandum est*, quinimmò, cum ibi dicatur, quod in similibus seruandum est, non solum ex paritate deduci dicendum est, sed etiam ex propria dispositione.

Casus, quibus Monaci excusantur, si cōtrahant, vel perseuerant in locatione.

26 Assertio VII. Regulariter loquendo hæredes conductoris in re conducta, qui succedunt, nec possunt à locatione recedere. *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 6. q. 1.*

Hoc expresè habetur *in l. viam veritatis C. de locato*, vbi sic legitur. *Viam veritatis ignoras in conductionibus non succedere hæredes conductoris existimans, cuius siue perpetua conductio est etiam ad hæredes transmittatur, siue temporalis intrà tempora locationis hæredi quoq; onus contractus incumbat*. Quod adeò verum est, vt asserat idē *Azor. loc. cit.* extendi etiam ad locationem operarum, adeovt, si quis locauerit suas operas in fauorē alterius, teneatur eius hæres adimplere, prout habetur *in l. veteris iuris C. de contr., & commit. stipul.*, si tamen id, quod actum est, possit per hæredem, seu per aliū impleri.

Ex ijs, ne vlterius sine necessitate quæstiones protrahamus, fas erit deducere, quod regulariter in ijs omnibus casibus, in quibus successor locatoris tenetur, vel non tenetur stare contractui locationis per prædecessores inito, etiam successores conductoris teneantur in eodem perseuerare, si tamen proportionatæ qualitates, & conditiones in eisdem interueniant; quamobrem ad ea, quæ dicta sunt in illationibus ex assertione V., recurrendum est.

[...]lus, quod obligat hæredes locatoris, obligat etiam hæredes conductoris.

PRÆNOTIO XIV.

De Causa finali locationis, & Conductionis.

SVMMARIVM.

Finis proprius contractus locationis comparatiuè ad locantem est aquisitio lucri, comparatiuè ad conducentem commoditas ex vsu rei alienæ. 1.

Enumerantur alij fines speciales, & minus principales. 2.

Ex fine prauo non vitiatur quoad substantiam contractus. 3.

NOn difficilis agendi hic ratio; versamur enim in contractibus, qui ex genere suo lucratiui sunt, & quidem in ordine ad vsum rei, seu personæ, qui conceditur.

Hic non erit sermo de mutua obligatione, quæ consurgit ex tali contractu inter ipsos contrahentes, quæ quamuis dici possit causa finalis intrinseca, est tamen potius effectus intrinsecus contractus, quam finis; nec de fine speciali, & extrinseco operantis, qui talis, & tantus esse potest, qualis, & quanta esse potest intentio eorundem contrahentium. Sermo igitur erit solummodo de fine proprio eiusdem contractus; pro quo sit.

Non est sermo de fine extrinseco operātis.

Assertio. Finis proprius contractus locationis, & conductionis est comparatiuè ad locantem acquirere lucrum ex concessione vsus propriæ rei, vel personæ, comparatiuè verò ad conductorem commoditatem percipere ex vsu rei alienæ, vel personæ. 1

Probatur facilè assertio, quia finis proprius operis ille est, ad quem per se primò, & directè ordinatur illud opus, sed contractus locationis comparatiuè ad locantem ordinatur ad consecutionem mercedis ex vsu propriæ rei, vel personæ alteri concesso, comparatiuè verò ad conductorem ad percipiendam commoditatem ex vsu rei alienæ, ergo &c., & hoc semper salua substantia eiusdem rei.

Finus proprius, & primarius.

Hic est proprius, & specialis finis; Non negauerim tamen alios fines ex peculiari ratione rei locatæ posse interuenire, puta custodia rei, seruitus sibi debita, obsequia personalia sibi præstanda, decentior status, & similia, ad quæ omnia non solum ex fine operantis, sed etiam ex natura contractus potest ordinari contractus ipse locationis, & conductionis; atque ratione huiusmodi omnium finium deprauari nequit, cum omnes sint liciti, & conuenientes naturæ contractui.

2 Enumeruntur alij fines peculiares, & minus principales.

Hic oritur difficultas, an, si finis, ex quo contrahentes operentur, fuerit prauus, depra-

prauetur, seu vitietur ipse contractus in esse contractus. Respondendum est negatiuè, *Ognate tract. 1. de contract. in genere disp. 4. de causis contractus sect. 1. nu. 12.* dummodò tamen aliundè ab initio non vitietur; sic in particulari, si quis ensem conducat ad occidendum Patrem, vel agendum, modo fiat cum intentione mutua se obligandi, verè contrahit contractu conductionis; item si quis contrahat matrimonium cum animo se obligandi, licet habeat finem extrinsecum explendi propriam libidinem etiam modo inordinato, validè contrahit.

Non vitiatur quoad substantiā ex fine prauo extrinseco.

Quod, si supponas, contrahentes se inuicem obligare ad aliquod prauum perpatrandum v. g., quod quis conducat operas alterius ad homicidium perpatrandum, tunc crederem contractum illum non subsistere, cum finis ille intrinsecè in obligationem caderet, vtpotè obiectum illius, sicque vitiaret conuentionem, in quo sensu verificatur, quod contractus de re turpi esse non possit.

Secus ex prauo fine intrinseco cadente sub consensum.

Ex quibus omnibus ex contrario sensu poteris deducere, quod, si non intercesserit finis intrinsecus se mutuò obligandi quoad contrahentes, quantumuis interuenerit finis quicunque extrinsecus etiam honestus, contractus tamen non sit validus, nec in sua ratione subsistat. Ratio est, quia extrinsecus finis non est sufficiens ad constituendum contractum, quando dessiciunt substantialia intrinseca ad ipsius constitutionem requisita.

PRÆNOTIO XV.

De obligationibus, quæ consurgunt ex locatione, tum ex parte locatoris, quam ex parte conductoris.

SVMMARIVM.

Locator tenetur in possessionem vacuam rei vtendæ conductorem inducere. 1.

Locator tenetur de euictione conductori in vsu rei conductæ. 2.

Etiam si non fuerit in culpa euictionis, quantum ad effectum non exigendi pensiones. 3.

Et item ad damna. Ibid.

Locator tenetur compensare expensas necessarias factas per conductorem in re locata pertinentes ad eius proprietatem, non verò pertinentes ad vsum pro tempore locationis. 4.

Ius compensationis quoad huiusmodi expensas transit etiam in hæredes, siue suos, siue extraneos. 5.

Vt ius compensationis ad huiusmodi expensas vigeat, melioramenta debent esse liquida, secus data fideiussione per locatorem de reficiendo in casu liquidationis potest agere ad integram consecutionem mercedis. 6.

Excipiuntur nonnulli casus, in quibus nullum viget onus compensationis. 7.

Tributa, & vectigalia, si sint imposita pro ipsa celebratione contractus, regularitèr sunt soluenda per conductorem, si sint imposita pro ipso fundo per locatorem, si verò pro fructibus ad conductorem. 8.

Pensio per conductorem soluenda est pro tempore conuento, vel consueto, & si nihil conuentum, & consuetum sit, pro tempore fructuum, si res sit naturalitèr fructifera, seu in fine anni, si sit fructifera solum ciuilitèr. 9.

Conductor tenetur non vti re conducta, nisi ad eum vsum, de quo facta fuit conuentio. 10.

Regularitèr conductor nequit recedere à contractu ante tempus conuentum. 11.

Conductor transacto locationis tempore tenetur rem integram, & non deterioratam reddere locatori, nisi ex ipso vsu secundum se sequatur deterioratio. 12.

Conductor conducens per modum permanentis bona in fundo conducto, sub hypotheca Domino fundi constituit. 13.

PLura attigimus de eiusmodi obligationibus *sub hoc eodem titulo prænot. 7. per totum*, quæ tu ibi recole. Nunc in particulari aliqua sunt examinanda, quæ plurimum conferunt ad hanc materiam, ibique non fuerunt actitata. Primò, examinabitur, an locator teneatur in possessionem vacuam rei vtendę conductorem inducere. Secundò, an teneatur de euictione conductori in vsu rei conductæ. Tertiò, ad quid teneatur, si res locata euincatur, & hoc siue ipse locator fuerit in culpa, siue non. Quartò, an teneatur soluere impensas in re locata factas. Quintò, an teneatur locator ad onera, & tributa imposita pro re locata. Sextò, an conductor teneatur soluere locatori pensiones, & quando. Septimò, an teneatur solummodò vti re conducta ad eum vsum, ad quem est concessa. Octauò, an teneatur continuare in conductione pro toto tempore conuento, & pro eodem pensiones soluere.

Enumerantur actitāda sub hac prænotione.

Assertio I. Locator tenetur in possessionem vacuam rei vtendæ conductorem inducere *Paulus Castrensis in l. 7. ff. locati Baldus l. 14. si bi C. de locato, Molina disp. 466., Bonacina disp. 3. qu. 7. punct. 3. num. 2., Ognate tract. 35. de locat. disp. 129. sect. 1. num. 9., & sect. 2. num. 1.* 1.

Expressè colligitur hæc assertio *ex l. legem ff. locati l. ex conducto ff. eodem, l. excepto ff. de act. empt., & l. is qui, & ibi Paulus ff. locati. Instit. de oblig. in princip.* Ratio autem ea est, quia ex quo in celebratione contractus locator præstitit consensum, & conductor acceptauit, obligatur ad id, ad quod consensus fuit directus, & ex hoc immediatè oritur actio, quæ non potest esse sine obligatione, ergo ex eodem consensu tenetur

Vsus debet esse non alligatus, nec impeditus.

tur præstare rem ad vsum, ad quem est concessa, quemque consensus re pexit. Dixi *in possessionem vacuam*, quod dictum fuit ad duo indicanda. Primum, quod debeat vsum concedere non alligatum, nec impeditum. Secundum, quod per locationem transferatur solummodò possessio quædam corporalis, non autem ciuilis, cum dicatur locator per conductorem ciuilitèr possidere iuxta textum *in l. cum in plures in princip. ff. locati*. Ibi Hæredem coloni, quamuis Dominus non est, tamen domino possidere existimo.

Trāsfertur solū possessio corporalis, non ciuilis.

Hæc autem obligatio, quæ consurgit ex locatione non solum est ad substantiam vsus, sed etiam ad quantitatem & qualitatem, & etiam ad omnem modum, in quo à principio locationis conuenit. Hoc expresè habetur *ex l. ex conducto ff. locati arg. l. necessariò ff. de peric., & commod. iuncta l. 1. ff. locati*. Ratio est, quia, ex quo conuenit non solum de substantia, sed etiam de qualitate, & quantitate, & modo, ad hæc omnia videtur obligari; consensus etenim ad ea omnia obligat, ad quæ extenditur.

Obligatio est ad substantiam, & ad quantitatem, vel qualitatem.

2 Assertio II. Locator tenetur de euictione conductori in vsu rei conductæ. *Gregorius Lopez l. 21. tit. 8. part. 5., Molina disp 493. in fin., Nauarrus c. 17. n. 193., Bonacina disp. 3. qu 7 punct. 3. nu. 6., Reginaldus lib. 25. cap. 42. n. 526., Lessius lib. 2. c. 24 dub. 2. n. 8.*

Expresè habetur assertio *ex l. sciendum ex l. qui fundum ex l. sed addes §. si quis dolia, & si quis cum in annum ff. locati*. Ratio autem ea est, quia, qui contrahit, tenetur adimplere contractum secundum omnem modum, quo contraxit, ergo, cum locator in conuentione promisserit vsum rei locatæ liberum, tenebitur eandem seruare in eo statu, quo promisit, & à quocunque periculo liberare. Accedit, quod ipsa locatio pro tanto tempore, pro quo conuenit inter contrahentes, non solum habet vim concessionis, sed etiam conseruationis rei pro illo tempore in pleno vsu eius, cui facta fuit concessio, ergo eodem iure, quo tenetur rem conuentam concedere ad plenum vsum, tenetur etiam in illo vsu pro toto tempore conseruare.

Tenetur seruare indemnē conductorem.

3 Hic immediatè suboritur difficultas, an locator obligetur de euictione, siue fuerit in culpa, quod conductor non habeat vsum rei locatæ, siue etiam non fuerit in culpa. Sentiendum existimo, teneri etiam de euictione quantumuis non fuerit in culpa quantum ad effectum, vt non possit exigere à conductore pensiones conuentas. *Ognate tract. 35. de locatione disp. 129. sect. 2. nu. 86., & seqq.* Ratio est, quia pro illo tempore sine sua culpa conductor non gauderet vsu rei sibi concessæ, cui propterea non debet incommodum pensionis soluendæ cedere. Si autem inquiras, an teneatur etiam de euictio. ne quoad damna, quæ indè prouenerunt conductori. Hoc expresè sustinent *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 7. quæst 6., Nauarrus in man. c. 17. num. 187.*, & hoc ex suppositione, quod ipse prohibere non potuerit iuxta textum *in l. si fundus ff. locati*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem in ordine ad talia damna locator non tenetur, nisi ex culpa.

Assertio III. Locator tenetur compensare expensas necessarias factas per conductorem in re locata pertinentes ad eiusdem proprietatem, non verò pertinentes ad vsum pro tempore locationis *Carocius qu. part. ad l. fin. ff. de iure Fisci, Rebellus lib. 14. quæst. 9., Azorius institut. mor part. 3. cap. 8. n 8., Siluester verb. locatio n. 16, Molina disp. 496., Antonius Gomez 2. var. c. 3. n. 20., Aluarus Valascus de iure emphyth. num. 6., Angel. de pal. & oliu. col. 2. nu. 5., Redoanus de reb. Eccl. qu. 17 § sed in casu malæ alienationis num. 21., Rimin. cons. 633. num. 22. vol. 4., Ancharanus q. 47. n. 14. lib. 3., Natta cons. 530. n. 8. vol. 3., Monticulus in §. item seruiana num. 17 de act., Gigas de pensionibus qu. 39. nu. 10.* 4

Hæc assertio firmatur *in l. colon. ff. locati*, vbi dicitur, vt etiam, qui dicitur propter pensionem non solutam, repetat expensas vtilitèr factas. Secundò *ex l. dominus §. 1. ff. eod.*, vbi legitur. *In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario, vel vtilitèr auxerit, vel ædificauerit, vel instituerit cum id non conuenisset, ad recipienda ea, quæ impendit ex conducto cum domino fundi experiri potest*; ex quibus habes assertionem procedere non solum in expensis necessarijs, sed etiam in vtilibus, quod etiam habetur *in l. in rebus §. possunt ff. commodati, Aretin. cons. 3. n. 7., Iacobus Menochius de recep. possess. rem. 15. n. 550., Michel. patroc. 6. n. 9.* Nomine autem expensarum necessariarum illæ veniunt, quas conductor facit, ne res conducta pereat, vel deterior fiat, vel vt ædes conducta habitari possit *l. impensa ff. de impens. in reb. dot. fact. Castrensis post Bartolum in l. dominus horreorum §. 1. ff. locati, Redoanus de reb. Eccl. non alien. qu. 16. vers. colonus nu. 3. in fin.* Nomine autem expensarum vtilium veniunt illæ, quæ rem locatam meliorem faciunt, non quidem simplicitèr solum in ordine ad vsum conductoris, sed in ordine ad eandem rem in se *Alciatus in l. impensæ ff. de verb. signific.*, vt plantatio arbusti, nouelletum, pristinum, horreum adiecticium. Ex eo autem, quod dixerim, *rem meliorem faciunt non quidem in ordine simplicitèr solum ad vsum conductoris*, docet optimè *Castrensis cons. 270. lib 2.* expensas arandi, & seminandi, & similes non esse reficiendas, nec item plantationem arborum, quę non durat vltra tempus conductionis, quia huiusmodi expensæ potius cedunt in vtilitatem conductoris, quam rei

Iura conuincentia assertionem.

Quid veniat nomine expensarū necessariarum, & expensarum vtilium.

rei locatæ, & locatoris.

Hæc adeò vera sunt, vt ius compensationis in causa huiusmodi melioramentorum factorum, vel in necessitatem, vel vtilitatem rei locatæ transeat etiam ad quoscunque hæredes, siue suos, siue extraneos conductoris *Baldus in l. penult. C. de solutionibus*, *Angelus in l. Senatus §. Marcellus ff. de leg. 1.*, *Bartolus in l. 1. §. penult. ff. de superf. cieb. Specul. in tit. de locat. §. nunc aliqua vers. 131.*, *Barbat. in c. ad audientiam de reb. Eccl. non alien.*, *Michael Grass. comm. opin. lib. 1. c. 16. qu. 2.* Ratio autem ea est, quia hæres succedit in omnibus iuribus, & oneribus sui prædecessoris, adeoque &c. Sed, an hoc ius competat singulari successori expresse affirmat *Bartolus in l. si tertius §. prius ff. de aqua pluuial. arcen.*, *Angelus cons. 259.*, *Castrensis cons. 270. viso puncto col. 4. circa medium*, *Alexander ad Bartol. in l. qui exceptionem §. qui pars ff. de condict. indeb.*, *Ripa in l. vbi purè §. fin. ff. ad Trebel. Tiraquel. de contract. conuent. §. 7. glos. 2. nu. 15.*, quod etiam verum existimant, quamuis fuerit singularis successor sine cessione *Baldus in l. 3. qu. 2. C. quod causa*, *Dinus in l. fluminum §. additur ff. de damn. infect.*, *Berouf. decis. 44. nu. 19.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia, ex quo succedit in tali re, ius in eadem acquirit, quod habebat ipsius prædecessor. Ratio autem secundæ partis ea est, quia retentio in ea hypothesi habet vim defensionis, quæ transit sine cessione. Ad primam partem facit potissimum *textus in l. in hoc iudicio ff. de communi diuid.*

5 Transit etiam in hæredes extraneos.

Etiam in particulare successorem.

Aduertendum tamen est, quod ad hoc, vt vigeat ius retentionis mercedis pro compensatione expensarum factarum in huiusmodi melioramentis necessarium sit, quod talia melioramenta sint liquida, & clara, secus data fideiussione per locatorem de reficiendo in casu liquidationis potest agere ad integram consecutionem mercedis *Alexander cons. 24. n. 9. vol. 1.*, *Menochius de recuperanda possessione rem. 14. nu. 568.*, *Borgninus Caualcanus decis. 28. num. 5.*, *Sacrum Rota Auditorium in vna Parmensi Vallium ex not. in l. 4. §. prætor ait de re iud.*, *Negusan. de pignor. memb. 4. part. 5. num. 10.*, *Castrensis cons. 322. in antiqu.*, *Altiatus resp. 63. in fin. lib. 3.*, *Marzarius de fideicommis. q. 66. part. 3.* Quod, si dicatur aliter fuisse decisum per idem Sacrum Rotæ Auditorium *in vna Terracinensi paludum coram Episcopo Chisanensi die 27. Maij 1558.*, asserendum est, hoc ibi fuisse decisum, quia exceptio melioramentorum facta per conductorem talis erat vt non requireret altiorem indaginem, sed incontinenti posset liquidari, vndè ad euitandos circuitus solutionis, & repetitionis ex æquitate fuit decisum, vt statueretur terminus breuis ad ea liquidanda, & interim in executione supersederetur *Contard. ad l. vnicam quæst. 24. num. 28. C. de moment. possess.*, vndè semper videndum est, an exceptio requirat altiorem indaginem, & tunc præstita cautione non est supersedendum ab executione, an eandem non requirat, & tunc præscripto illo breui termino conceditur supersedentia *Ioseph de Ludouic. Rota Lucan. 38. num. 19.* Ratio autem, cur exigente altiorem indaginem supersedentia non concedatur, ea est, quia liquidi pro illiquido sicut non datur compensatio, ita nec conceditur dilatio. His pro notitia assertionis sic explicatis.

Explicatio decisionis Rot. Romanæ.

Probatur eadem in vniuersum hoc pacto, quia illa melioramenta siue necessaria sint, siue dumtaxat vtilia, quando inseruiunt, vel in perpetuum, vel vltrà tempus conductionis, cedunt in vtilitatem rei locatæ, & locantis, ergo per eundem sunt compensandæ. Consequentia tenet, quia nemo proprijs expensis tenetur rem alienam meliorem facere, nec de alieno commodo incommodum reportare; vndè præcipuè in ordine ad melioramenta vtilia, ex quibus à fortiori deducitur ratio pro necessarijs, habentur *in l. colonus in principio, ff. locati* hæc verba. *Colonus cum lege locationis non esset comprehensum, vt vineas poneret, nihilominus in fundo vineas instituit, & propter earum fructus denis amplius annuis aureis is ager locari cæperat. Quæsitum est, si Dominus istum colonum fundo eiectum pensionum debitarum nomine conueniat, an sumptus vtilitèr factos in vineis instituendis computare possit, opposita doli mali exceptione. Respondi, vel expensas consecuturum, vel nihil amplius præstiturum esse.*

Expensæ cedunt in vtilitatē rei locatæ & locatoris.

Cauendum tamen est in ordine ad huiusmodi expensas vtiles faciendas per conductorem in re locata, vt fiant de voluntate saltem tacita Domini, vel saltem, ne sint illi admodùm graues *Aluarus Valascus de iure emphyt. q. 25. n. 32.*, *Antonius Gomez 2. tom. var. resol. c. 3. n. 20.* Ratio autem huius cautelæ ea est, quia in huiusmodi grauibus expensis in melioramentis non necessarijs, sed dumtaxat vtilibus non præsumitur voluntas Domini, sed potius dissensus, quæ propterea videntur potius factæ ad commodum conductoris sine animo compensationis, quam alitèr. Hic tamen aduerte, quod, si huiusmodi meliorationes factæ in re locata per conductorem sint amouibiles sine læsione rei præcipuè, si sint factæ sine præsumpta Domini voluntate, possint vtique per eundem conductorem amoueri, si Dominus easdem nolit compensare *Aluarus Valascus loc. cit. num. 38.* 6

Expensæ debent fieri cum moderatione, ne sint valdè graues locatori.

Excipiendi sunt hic nonnulli casus, in quibus locator non tenetur compensare huiusmodi expensas, siue necessariæ fuerint, siue tantum vtiles rei locatæ, & quidem primò excipitur, quando iuxtà con- 7

sue-

suetudinem talis regionis, in qua celebratur contractus locationis, & conductionis, tales expensæ fiunt per conductores, nec earum exigitur compensatio. Cuius exceptionis ea ratio est, quia contractus, quando in eis nil aliud exprimitur, facti censentur iuxta loci consuetudinem *l. semper in stipulationibus ff. de reg. iur.*, & specialitèr in materia locati, & conducti *l. excepto, & l. circa C. de locat.*, *& l. Domini prædiorum ff. de agric.*, & censit.

Excipe, quando ex consuetudine non compensatur.

Excipitur secundò, nisi in celebratione contractus conuentum fuerit, quod huiusmodi expensæ essent faciendæ per conductorem sine vlla compensatione, quia tunc huiusmodi pactum esset adamussim seruandum. Verum tamen est in huiusmodi hypothesi, quod ratione talis oneris additi conductori teneretur locator ad ratam de iusta pensione aliquid demere in celebratione contractus ad seruandam iustam æqualitatem, atque sic sentiunt *Molina disp. 496. num. 3.*, *Antonius Gomez 2. var. resol. cap. 3 num. 20.*

Item si de hoc fuerit conuentio.

Excipitur tertiò in ordine ad varias species melioramentorum, quando potius inseruiunt ad amęnitatem, quam ad lucrum, etiam si talia melioramenta essent perpetua, sic docet *Paulus de Castro cons. 170. lib. 2.* quod disboscatio terrarum &c., non sit reficienda, sic *Roland. cons. 28. num. 23. lib. 1.*, *Franciscus Marcus decis. 460. in fin. part. 1.*, *Caphalus cons. 181. vol. 2. num. 1.* plantationes paruas salicum, & oppiorum pro vitium sustentatione non esse compensandas, sic dict. *Rolandus cons. 28. num. 14., & 18., & cons. 30. n. 6. lib. 1.*, *Ruinus cons. 14. nu. 3. lib. 1.* dicunt, quod expensæ, quæ non durant vltra tempus conductionis, non sint restituendæ, etiam si essent magnæ; quorum omnium ea ratio est, quia supponuntur factæ in fauorem potius eiusdem conductoris.

Item quando melioramenta sunt ad amęnitatē præcisè.

8 Assertio IV. Quoad solutionem tributorum, seu gabellarum, si ipsa sint imposita pro ipsa celebratione contractus, regularitèr onus illa soluendi spectat ad conductorem, si sint imposita pro ipso fundo spectat ad locatorem, si tandem sint imposita pro fructibus, spectat ad conductorem. Ità quoad primam partem *Albericus l. & non ideo nu. 3. ff. de conduct. furt.*, *Baldus rub. C. de reb. credit.*, *Alexander cons 51. lib. 3.*, *Gaspar Roderic. 2. de reddit. qu 4. num. 1. per textum in l. debet ff. de ædil. edict.* Quoad secundam *Bonacina disp. 3. qu. 8. punct. 2. proposit. 3. nu. 7.*, & est satis communis. Quoad tertiam *Glosa, & Bartolus, & Ioannes Platea in l. 1. C. de annon., & tribut. lib. 10.*, *Romanus in l. Imperatores de publican.*, *Iason cons. 119. lib. 1.* *Afflictus lib. 1. constit. rubr. 97. §. vlt. num. 1.*, *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. c. 8. quæst. 4.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod diximus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphyt., & censib. prænot. 21. sect. 8. n. 84. vers. hoc tamen vnum, & tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. prænot. 13. num. 8.* per iura, & Doctores ibi allegata, seu allegatos, nempe in contractibus emptionis, & venditionis, alijsque, in quibus domi nium, vel vsus rei in alium transfertur gabellam impositam pro celebratione contractus deberi per emptorem, non venditorem, sed in contractu locationis, & conductionis conductor habetur, vt emptor, locator verò, vt venditor, ergo, cum huiusmodi contractus per supra passim allegata regulentur ad normam emptionis, & venditionis, dicere debemus, quod, sicuti in illis gabella debetur per emptorem, ita in istis per conductorem.

Conductor computatur pro emptore.

Dixi, *regularitèr*, si enim, vel per Principis edictum onus impositum sic locatori, vel per statutum, vel per consuetudinem inductum sit, vt per eundem persoluatur, non negauerim per eundem persoluendum esse; hæc etenim omnia habent vim directiuam in huiusmodi oneribus.

Excipe ni aliud per Principē, vel per cōsuetudinem statutum sit.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod, quando onera imposita sunt pro fundo, eadem spectare debent ad Dominum fundi, sed locator propriè est Dominus fundi, eiusque legitimus possessor, ergo ad eum spectare debent, hocque iam est secundum regularem praxim in omnibus ferè regionibus; quod, si postea per locatorem hoc onus suo conductori imponatur per eundem locatorem detrahitur de debita pensione, vel in celebratione contractus sit conuentio de minori pensione, vt fiat compensatio illius oneris.

Onera pro fundo spectant ad dominū fundi.

Ratio tertiæ partis deducitur expressè ex *l. 1. C. de annon., & trib. lib. 10.*, cuius hæc sunt verba *Annonas autem soluere debet, qui possessiones tenet, & fructus percipit*; nec incongrua sanè ratione hoc statutum est, quandoquidem, cum hoc onus sit ratione fructuum, non est in alium transfundendum, qui non percipit fructus; Neque arbitreris, quod, quamuis locator non percipiat fructus, recipiat tamen pensiones loco fructuum, adeoque ratione earundem teneatur gabellas persoluere; Non, inquam, arbitreris, quia gabella non percipitur intuitu eorum, quæ acquiruntur ratione fructuum, sed pro ipsis fructibus formalitèr, seu pro iure ad eiusdem fructus, quod vtique spectat ad ipsum conductorem, quantumuis pro illo teneatur postea persoluere pensiones, & sicuti, si ipse conductor ius, quod habet ad fructus in alium transferret conuenta certa quantitate pecuniaria pro ipsis, transfunderet onus persoluendi gabellas in eundem, ita &c.

Annonas soluit, qui possessiones tenet, & percipit fructus.

Assertio V. Pensio per conductorem regularitèr soluenda est, & quidem pro tempore, quo conuentum est, vel vbi nihil fue- 9

rit

rit conuentum, iuxtà consuetudinem loci, in quo initus est contractus, vel vbi nec conuentio sit, nec consuetudo, si res sit fructifera, vt agri, & prædia, pro tempore ad fructus colligendos, vel immediatè collectos, si verò non fuerit fructifera, nisi in ordine ad fructus ciuiles ad finem cuiuslibet anni. Prima pars quoad tempus solutionis conueniunt communitèr DD. Secunda est *Magon. Rota Lucens.69.n.17., Glosa in l.diuturna ff. de legibus, Alberici in l.de quibus nu.51.ff. de leg., Molina disp.497. in princip.* Tertia pars est *Gregorij Lopez l. 4. tit.8 part.5.* iuxtà textum *in l.firmo §.vlt.ff. quando dies leg. ced.* Quarta pars est *Glosa in l.defuncta, vbi Albericus n.1.ff. de vsufructu Glosa in l. diuortio in princip. ff. sol. matrim., Alexandri in l. qui hoc anno in fin.ff.de verb.oblig., Gigant.de pensionibus q.93., Odofred.in l.ade C. locati n.5., Iasonis in l.2.n.180. C. de iur.emphyth., Angel. cons. 22.nu. 12.*

Si côductor sine sua culpa nô potuit vti, non tenetur pro illo tempore pensionê soluere.

Dixi quoad onus soluendi simplicitèr in ordine ad conductorem, *regularitèr*, nam, vt supra etiam innuebam, si conductor sine sua culpa non potuit vti re conducta, nec ex ea fructus percipere, non tenetur pro illo tempore pensionem soluere *Nauarrus cap.17.n.187., Molina disp.493.num.2., & 3., Rebellus 2.p.lib.14. q.14., Tabiena verb. locatio n.12, Reginald.lib.25.n.515.* hocque expressè habetur *in l.habitatores §.vlt.ff.locati, & l.si fundus ff.eod.*, nam ità censentur contrahentes conuenisse, nec ad quid vlterius conductor se obligasse. Hinc deducitur primò, eum, qui côduxit domum, quam non potest inhabitare eo, quod spiritibus vexetur, non teneri soluere conuentas pensiones; secundò, nec eũ, qui ob superuenientem pestem in tali vicinia domum conductam nequit incolere; tertiò, nec eum, qui domum conduxit, quæ adiudicatur fisco, & ab eo prohibetur inhabitare, eaque vti. Ratio horum omnium, & similium ea est, quia non præsumendus est conductor se voluisse in illis casibus obligare, qui non obueniunt ex sua culpa, Vltra hos, vel similes casus, quod conductor regularitèr obligetur ad pensiones soluendas, sic

Probatur, quia conductor ad illam persoluendam in celebratione contractus se obligauit, nec talis solutio resistit naturæ contractus, nec iuribus in hoc obsistentibus, ergo &c. Antecedens quoad primam, & secundam partem ex se patet ex ipsa definitione locationis suprà tradita *sub hoc eod. tit. Contractus X. de locatione pranot.1.*, qua dicitur, quod *sit contractus bona fidei de re aliqua certa mercede, vel facienda, vel ad tempus vtenda*; si enim propriè est locatio, est conuentio, & sic supponitur voluntas conductoris, si est *certa mercede*, non repugnat naturæ contractus, quod eadem per conductorem debeatur. Quod tertiam partem ex eo liquet, quod non sint assignabilia iura exactionem talis mercedis prohibentia

Potest esse conuentio de solutione pensionis ponêda, vel in principio vel in fine.

Probatur iam quoad secundam partem *ex l. semper in stipulationibus ff. de reg. iur.*, neque ex eo, quod conueniant de solutione pensionis, vel in principio, vel in fine, vel pro duabus, vel tribus vicibus facienda aduersantur naturæ contractus, si alia seruentur, quæ sunt conformia eidem contractui, vel æqualitati eiusdem, ergo tali conuentioni absolutè standum est. Consequentia tenet, quia contrahentes possunt sibi legem constituere, & per eam se obligare in ijs, quæ non sunt contrà naturam contractus. Antecedens verò probatur, quia ad summum, quod pensio sit soluenda in principio, est præter naturam contractus, ergo de ea sic ponenda potest per partes conueniri, & induci obligatio *l.1. §.conuenerit ff.depositi Glosa in l.ade C. de locato.*

Dices, iniquum absolutè est ex natura contractus aliquid exigere suprà æqualitatem debitam ex vi eiusdem contractus, sed, si induceretur per pactum obligatio soluendi pensiones anticipatè, hoc est in principio, aliquid exigeretur ex vi eiusdem contractus, quod esset suprà æqualitatem debitam ex vi eiusdem, ergo &c. Minor probatur, quia illa obligatio ciuilis, quæ inducitur per pactum, in principio soluendi est secundum se pretio æstimabilis, atque hæc exigeretur vltrà debitas, & proportionatas pensiones; vndè iure merito Sanctissimus Pius V. in sua Constitutione super creatione censuum habet. *Solutiones, quas vulgò anticipatas appellant, fieri, aut in pactum deduci prohibemus*, prout latè nos tradidimus *tom.1.sub tit. Contractus IV. de emphyth., & censib. pranot. 21.sect. 5. à n.48. ad fin.* Sed contrà, quia, quantumuis illa obligatio ciuilis inducta per pactum in principio soluendi sit pretio æstimabilis, potest tamen compensari per aliqualem eiusdem pensionis diminutionê, sicq; constitui æqualitas.

Probatur quoad tertiam, quia quoties cunque nec ius determinatè disponit de determinato tempore ad soluendum, nec est aliqua conuentio inter partes, non potest esse certior regula, quam consuetudo vigens in regione, in qua celebratur contractus *Glosa in l.ade in verb. versata es circa medium vers. sed quaro quo tempore C. de locato l. licet l. excepto C. eod.*, vndè merito *Baldus in l. diuortio in princ. col.penult.ff.soluto matrimonio*, dixit, quod in quolibet actu semper censetur in esse consuetudo, nisi aliud per pacta exprimatur, ergo eidem standum erit.

Probatur quoad quartam. Pensio imponitur propter fructus, & intuitu eorundem, ergo, vbi nec conuentio adest, nec consuetudo, pro tempore eorundem fructuum collectorum erit persoluendo. Antecedens

Pensio est propter fructus, & intuitu fructuum.

patet, quia pensio est pro vsu, & vsufructu rei locatæ, non enim in conductorem trásfertur dominium, quinimmò nec possessio ciuilis rei per supra notata. Consequentia probatur, quia, quando quid soluitur pro alio, regularitèr non debetur, nisi quando illud adest, & acquiritur soluere debenti. Hic prætereundam non existimo doctrinam *Immolæ in d. l. diuortio ff. soluto matrimon.* asserentis, quod in prædio rustico consideratur pátientia admodum successiua vsq; ad recollectionem fructuum, quod idem innuisse videtur, licet satis obscure, *Baldus in d. l. æde in principio*, & clarius, *Bartolus in l. si seruus communis §. cum seruus nu. 5. ff. de stipul. seru.*, *& Iason in d. l. diuortio n. 38. ff. solut. matrim.*

In contractibus in dubio potius est fauendum reo.

Probatur quoad vlt. partem ex textu in *l. sed addes §. si quis cum, & ibi not. ff. locati.* Deindè *arg. l. Iulianus §. offerri ff. de act. empt.* vbi dicitur, locatorem non posse exigere pensionem, nisi postquam adimpleuit contractum ex parte sua, sed ante lapsum anni non potest dici, quod contractum ex parte sua perfectè adimplerit, seu consummarit, ergo ante illum non potest exigere pensionem. Tandem ex eo euincitur, quod in dubijs circa contractus potius est reo fauendum *l. semper in obscuris ff de reg. iuris*, & in hoc consentiunt omnes Doctores, tùm Theologi, tùm Iuris periti; fauor autem est reo, quod potius in fine anni, quam in principio pensio persoluatur.

Dices, debitum, quod contrahitur ex contractu locationis, dicitur annuum, sed debitum annuum debetur in principio cuiuslibet anni *l. in singulos ff. de ann. legat. l. 1. C. quando diès leg. ced. Glos. in l. qui hoc anno ff. de verb. oblig.* vbi dicitur.

Annua si debes, tunc inspicias caput anni.
Anno si debes, in fine teneberis anni.

Annua solú debentur in principio quando procedút ex libera voluntate concedentis.

Sed contrà, ea, quæ dicuntur in allegatis iuribus, procedunt dumtaxat in annuis legatis, alijsque, quæ procedunt ex libera voluntate concedentis sine vllo onere recipientis, ad quod habeatur respectus, cui præsumendum est, quod legans, seu donans voluerit omni meliori modo fauere, & prodesse, vel in alijs, quæ tribuuntur titulo alimentorum, quæ debentur anticipatè; ea autem, de quibus hìc est sermo, procedunt in contractu oneroso, & habito respectu ad complementum, & consummationem ex parte locatoris, adeoque &c.

Si conductor antecedenter inordinatè persoluerit, & per medietate non

Hic insurgit ratio dubitandi, an in suppositione, quod pensio non debeatur, nisi in fine anni, prout mox dicebamus, & nihilominus conductor ex inordinata solutione anticipatè persoluerit pensioné illius anni, si contigerit pro medietate anni non posse re conducta frui sine sua culpa, an, inquam, possit medietatem pensionis repetere, & quo iure, an scilicet actione ex conducto, an verò actione condictionis indebiti. Respondeo, absolutè posse repetere actione ex conducto, non verò condictione indebiti. Hoc expressè habetur *in d. l. sed addes §. si quis cum ff. locati*, vbi sic legitur. *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit; deindè Insula post sex menses corruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissimè Mela scribit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum*, & immediatè subdit rationem; *Non enim per errorem dedit plus, sed vt sibi in causa conductionis prospiceret.*

Potest vti re conducta potest medietatem pensionis repetere.

Currit pensio ad ratam temporis vniformé.

Ex ijs, quæ mox diximus in probatione vltimæ partis, videtur dicendum, ne dum pensionem residui temporis posse repeti per conductorem, sed integram; si enim pensio non debetur, nisi in fine anni, ergo eo non consummato, nec completo nó debetur, adeoque &c. Sed contra, quia, quamuis dicatur, quod non debeatur, nisi in fine anni, hoc est quoad tempus solutionis, non quod non currat pensio ad ratam temporis vniformem, adeoque non est, cur ad ratam temporis non debeatur; versamur etenim in contractu ex vtraque parte oneroso, in quo ad proportionem oneris est contribuendum.

Assertio VI. Conductor tenetur non vti re conducta, nisi ad eum vsum, de quo facta fuit conuentio. In hanc assertionem omnes Doctores conueniunt. *Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8 c. 9 vers. 2. obligatur, Bonacina disp 3 qu. 7 punct. 3. num. 1., Ognate tract. 35. de locatione disp. 129. sect. 3. nu. 101., & alij communitèr.* 10

Conductor vtens re ad vsú non concessum impetitur actione furti.

Probatur primò, quia præter conuenta in locatione omnis alius vsus, fructus, & commoda sunt locatoris, vnde conductor, si alitèr vtatur, ac sibi fuerit concessum per iura, impetitur actione furti *ut l. qui iumenta, & l. qui pignore ff. de furtis, & l. si vt certo §. sed interdum ff. commod., & §. furtum autem fit instit. de obligat., quæ ex delicto*, ergo conductor non potest re conducta vti ad alios vsus, qui sibi non fuerint in celebratione contractus concessi. Exciperem tamen ab actione furti conductorem in hypothesi, qua rationabiliter crederet, locatorem non esse inuitum de tali vsu, *Coaruuias 3. variar. resol. cap. 15. n. 8.*, quia non posset dici, quod contractaret rem alienam inuito Domino, sed ipso saltem præsumptiuè consentiente.

Si res pereat in vsu non concesso ex casu fortuito conductor tenetur.

Ex quibus deduces primò, quod, si conductor vtatur re conducta ad alium vsum, ad quem per locatorem non fuit concessa, & in illo vsu ex casu fortuito res fuerit deperdita, vel deteriorata, teneatur de casu, *Azorius in summa de commodato n. 17., Baldus cons. 289. nu. 4., Filliucius tract. 34. c. 8. num. 186., Molina disp. 295. vers. illud præterea,* qui

qui, quamuis loquantur in terminis commodati, nihilominus ex paritate rationis intelligere præsumendi sunt etiam in materia locati, & conducti.

Deduces secundò, quod, si quis equum conduxerit ad iter Bononiam versus, eoque vsus fuerit versus Taurinum, eoque in itinere perierit, teneatur ad restitutionem, & ad omnia damna, & interesse locatoris, & in hoc conueniunt omnes Doctores præallegati; quandoquidem contrà iustitiam peccauit in damnum locatoris.

11 Assertio VII. Regularitèr conductor ante tempus locationis elapsum nequit rem conductam dimittere, sed tenetur in contractu perseuerare vsque ad complementum temporis conuenti, & interim pensiones persoluere. *Azorius instit. mor. par. 3. lib. 8. c. 9. vers. 4. nequit conductor, Bonacina d. disp. 3. qu. 7. puncto 3. nu. 2.*, & est communis apud omnes.

Causæ excusantes à recessu.

Dixi, *regularitèr*, hoc est sine iusta causa, qua interueniente sine sua culpa vtique potest recedere, vel pensiones non soluere. Huiusmodi autem causæ excusantes à recessu, & à non solutione pensionis potissimum sunt, si res facta fuerit sine sua culpa inhabilis ad eum vsum, ad quem conduxit. Secundò, si nequeat domum conductam inhabitare, vel ob superuenientem pestem, vel ob spiritus prædominantes, vel ob metum sibi grauitèr incussum, & similia. Tertiò, si res conducta indigeat reparatione, sine qua illa vti non possit, nec possit per se reparare.

In contractibus nominatis non datur locus pænitentiæ.

Probatur assertio primò, *ex l. dominus §. qui contrà legem ff. locati, & l. si in lege §. si domus ff. eodem*. Ratio autem ea est, quia versamur in contractibus nominatis, qui solo consensu perficiuntur, quo propterea præstito legitimè oriuntur obligationes actiuæ, & passiuæ, actiones &c. nec datur amplius locus pænitentiæ per ea, quæ latè diximus *tom. 1. sub tit. Contractus l. de contractibus, vt sic prænot. 3.*, quæ ibi recole.

12 Assertio VIII. Conductor transacto locationis tempore ex vi contractus tenetur rem conductam integram, & non deterioratam reddere locatori, nisi ex ipso vsu secundum se, & ex natura sua, & non ex culpa conductoris sequatur aliqua deterioratio, quæ certè non est compensanda. *Antonius Gomez 2. tom. var. resol. c. 3. n. 21., Molina disp. 498., Azorius instit. mor. part. 3. lib. 8. cap. 9. vers. tertio rem locatam, Ognate tract. 35. de locat. disp. 30. sect. 3. num. 36., Reginald. lib. 25. c. 40. num. 515., Bonacina d. disp. 3. qu. 7. punct. 3. num. 3.*

Colligitur hæc assertio *ex l. conductoris, & ibi Baldus, & Glos., C. de locato, & ex l. non absre C. vndè vi.* Ibi *Si locatoribus fortè, vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant recuperare secundum leges volentibus duxerint resistendum*. Ratio autem ea est, quia conductor nullum ius habet, nisi ex conuentione, & dependentèr a consensu ipsi præstito à locatore, sed conuentio non est, nisi ad certum tempus, vltra quod non extenditur consensus concedentis, ergo vltra illud non habet aliquod ius, adeoque eo elapso tenetur rem sibi per locatorem concessam restituere.

Dixi, *integram*, quia conductor tenetur rem conseruare non solum quoad substantiam, sed etiam quoad quantitatem, & qualitatem, ne fiat sua culpa deterior, sicuti enim, si sua culpa pereat in toto, debet in toto compensare, ita, si deterioretur pro parte, debet pro parte resarcire.

Quæ necessariò sequuntur ex vsu non suam distincto pretio soluenda ab ipso vsu.

Dixi, *nisi ex ipso vsu secundum se, & ex natura sua sequatur aliqua deterioratio, quia tunc non est compensanda*. Ratio est, quia, quæ necessariò sequuntur ex vsu, non sunt compensanda distincto pretio ab eodem vsu, cum ad hoc non conferat vtens, & locator debet hanc deteriorationem præuidere; sic si quis conducat nauim alienam, & ex nauigatione fiat deterior, non tenetur illam deteriorationem resarcire, sic si quis conducat equum ad certum iter, & ex illo fiat equus languidus, & quodamodo in viribus deterior, non tenetur &c.

Assertio IX. Conductor inducens in prædium, siue vrbanum, siue rusticum per modum permanentis aliqua bona, intelligitur tacite sub hypotheca eadem obligare domino pro pensione fundi, & rei locatæ, 13
Glosa in §. item seruiana in verbo. Quis de action. vbi Ares. n. 12. dicit hoc notabile, & singulare, Florianus in l. 2. nu. 7 ff. locati, Alexander cons. 32. num. 3. lib. 1., Soc. reg. 192. fallent. vlt., Iacob. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. q. 10. n. 83., Padil. ad l. naturalis § at cum do nu. 2., Bursatus cons. 330 n. 44. vol. 3., qui loquuntur potissimum de colono partiario, quod in fortioribus terminis procedit de conductore pecuniario, de quo loquuntur *Molina disp. 497. §. obseruo, Aluarus Valascus de iur. emphyt. q. 20. nu. 27., Antonius Gomez lib. 2. var. c. 3. n. 18.*

Dixi, *per modum permanentis*, nam, si quæ inducantur, vt breuitèr transferantur, non subijciuntur hypothecæ, prout rectè colligitur *in l. in prædijs § vlt. ff. ex quib. caus. & l. debitor iuncta glos. ibi ff. de pignor., & glosa l. certi verb. induxerint C. de locato*, quod idem intelligendum est de rebus inuectis per conductorem, quæ non fuerint ipsius, sed aliorum, & hoc ea ratione, quia nemo res alienas potest hypothecæ subijcere *l. 1. §. 1. ff. de pignor.*, prout optimè considerauit *Molina d. disp. 497. vers. bona aliena*.

Hæc assertio dispositionem habet in iure præcipuè *in l. certi iuris C. locati*, vbi sic

Iura euincētia intētum. legitur. *Certi iuris est ea, quæ voluntate Dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure teneri*, vbi nota illud verbum *voluntate Dominorum*, *quod glosa ibi verb. voluntate*, explicat, vt idem importet, ac *Domino sciente, seu ignorante*. Quod intellige de rebus inuectis post locationem, nam in rebus inductis, vel illatis, quando v.g. domus locatur, non est necessaria scientia Domini, prout exprese habetur *in d. l. certi iuris C. de locato*.

Ex his habes primò, quod fructus ipsi, qui ex fundo locato percipiuntur, quandiu maneant, sint tacitè obligati domino fundi pro pensione rei locatæ, prout exprese habetur *in l. si in lege, & l. qui fideiussor ff. locati*, vbi sic legitur. *Sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum esset si colonus eos percepisset*, *& in l. fructibus ff. in quibus* Fructus quādiu manent in fundo sunt tacitè obligati pro ipsa pensione. *ius, & hypoth.* Ibi *In prædijs rusticis fructus, qui ibi nascuntur tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi obligati, etiamsi nominatim id non conuenerit*, Neque hoc ea ratione verificari existimo, qua nonnulli ducuntur præcipuè *Bartolus in l. solutum §. solutam ff. de pignor. act.*, *& Aluarus Valascus de iure emphyth. qu. 20. n. 15.* quod scilicet fructus ipsi sint sub dominio locatoris, donec conductor pro pensionibus satisfecerit, eo modo, quo emptor non est Dominus rei emptæ, nisi soluto pretio; Non, inquam, ea ratione verificari existimo, quia, si locator ante solutionem pensionis esset Dominus fructuum, non posset dici eos pignori habere, quia nemo rem suam sibi oppignorat; quinimmò ipsi conductori fructus immediatè cedunt.

Habes secundò, eosdem fructus, qui ex fundo locato percipiuntur tacitè obligatos eidem Domino remanere, quantumuis idem fundus per conductorem primum fuerit sublocatus, & per subconductorem ijdem fuerint percepti. Hoc exprese habetur *in l. si in lege §. 1. ff. locati*, vbi sic legitur. Etiam si fundus fuerit sublocatus. *Si colonus locauerit fundum, fructus in causa pignoris manent, quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset*. Nec incongrua ratione hoc inductum existimo, quandoquidem æquum est, vt quæ ex re aliena percipiuntur, prius Domino rei in cautionem cedant, quam alteri.

Hic pro complemento duplex oritur ratio dubitandi. Prima est, an reliqua bona inuecta per subconductorem æque intelligantur tacitè obligata locatori, ac si essent bona eiusdem primi conductoris. Secunda verò est, an ea, quæ dicuntur de conductore quoad bona inuecta, generaliter intelligenda sint etiam de colono partiario.

Quoad primam duplicem textum sibi extreme oppositum inuenio, alterum *in l. solutum §. solutam vers. videtur autem ff. de pignorat. act.*, vbi dicitur. *Videtur autem, & cum Domino ædium hoc conuenisse, vt non pactio cœnaculary proficiat Domino, sed sua propria*, ex quibus videtur innui res subconductoris inuectas in rem locatam tacitè obligari domino locanti primo, & per talem textum respondetur cuidam tacitæ obiectioni, quæ afferi potest per liberam personam non quæri nobis actionem pignoris, seu obligationem, adeoque, quod domino locanti non potest quæri per conductionem factam à primo conductore actio pignoris in res inuectas in re locata; respondetur, inquam, quod illa conuentio tacitè videtur facta cum primo domino, & sic ipsi quæritur ex conuentione sua propria tacitè facta. Alterum *in l. sed in lege §. si colonus ff. locati*, vbi legitur. *Si colonus locauerit fundum res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum, & si primus colonus eos percepisset*, quod ibi confirmat Bartolus. *Res secundi conductoris obligatæ primo conductori non intelliguntur obligatæ primo locatori.* Nonnulli conciliare existimant hos textus per hoc, quod primus procedat de inuectis à secundo conductore in prædium vrbanum, secundus verò in prædium rusticum, atq; sic procedit *Glosa in d. l. si in lege §. si colonus ff. locati*, adeoque, quod illa remanent obligata, non ista. Nō solū bona cōductoris sunt tacitè hypothecata, sed etiam subconductoris. Sed difficilè est explicatu, cur illa remaneant tacitè obligata, non ista, quod vtique præstare debuisset Glosa, præcipuè, cum graues Doctores afferant inuecta etiam in prædijs rusticis per secundum conductorem tacitè obligari *Menochius de adipiscen. possess. rem. 3. q. 11. nu. 99. ex d. §. solutum*, qui indefinitè loquitur in vtroque prædio rustico, & vrbano *Mozz. de contract. tit. de pignor., & hypotheca vers. venio ad alium n. 25.* Quamobrem adhæreo opinioni afferenti alia bona secundi conductoris præcisis fructibus etiam remanere, si fuerint inuecta, tacitè obligata domino primo locatori, & hoc propter textum *in d. l. solutum §. solutam ff. de pignorat. act.*, & propter rationem ad tacitam obiectionem supra adductam. Quamobrem ad textum *in l. si in lege §. si colonus ff. locati* dico cum *Glosa hic in verbo maneant*, hæc, quæ hic dicuntur, non fuisse tacitè obligata, quia non fuerunt inuecta, sed expressa conuentione obligata primo colono, vel etiam dicas cum *Glosa in d. l. solutum §. solutam verbo tenebuntur ff. de pignor. act.*, quod ea, quæ dicuntur *in d. l. si lege §. si colonus* procedant quoad vniuersalem pensionem, adeo vt inuecta per secundum conductorem non remaneant obligata pro toto, sed tantum pro sua parte, hoc est quoad partialem. Etiam inuecta per conductorē partiariū sunt tacita obligata.

Quoad secundam rationem dubitandi assero absolutè, verificari etiam quoad colonum partiarium *C. inns in d. l. certi iuris*

n.7. qu.6., *Baldus ibi n.6.qu.3.*, *Angelus n.5. vers.deindè quæritur, Florian.in l.2.num.7.ff. locati, Alexander cons.32.num.3.lib.1.Socin. reg.192.fallent.vlt.* Ratio autem ea esse potest, quia lex generalitèr loquens generalitèr debet intelligi *l. de pretio ff. de publican. l.1.§.generalitèr ff. de legat.præstand.*, textus autem *in d.l. certi iuris* generalitèr loquitur de omnibus colonis. Quod, si asseras, colonum partiarium non esse propriè conductorem, cum non soluat pecuniam numeratam pro mercede, quod est de ratione propriæ locationis, vt supra diximus; verba autem legis sunt propriè intelligenda *l.1.§.si is, qui nauem ff.de exercitor.* Accedit, quod inter colonum partiarium, & dominum propriè non oritur actio ex locato, sed actio præscriptis verbis *l.1.§. si quis seruum ff. depositi*; Si, inquam, hæc asseras, statim impugnaberis; & primò *ex l.si gratuitam ff. in quib. caus. pign. tac. contrahatur*, vbi I.C nullam facit differentiam, an quis conduxerit nummis, vel certa specie, & tamen concludit, bona per ipsum inuecta tacitè obligari domino. Deindè, vbi militat eadem ratio, militare debet, & eadem iuris dispositio *l.illud ff.ad leg.Aquil.* sicuti enim bona per colonum pecuniarium inuecta intelliguntur obligata ad effectum, vt soluat pensionem in conuenta pecunia, ità bona per colonum partiarium inuecta ob paritatem rationis debent intelligi obligata, vt pensionem persoluat in conuenta illa specie; vndè ad id, quod opponebatur, dicendum est, parum referre, quod sit, vel non sit in rigore talis, quandoquidem iura indiferentèr loquuntur de vtroque, & militat eadem ratio quoad hunc effectum, licet discrepare possint in alijs.

PRÆNOTIO XVI.

De actionibus, quæ oriuntur ex locato, & conducto.

SVMMARIVM.

Conductor habet actionem ex conducto aduersus locatorem, qui non induxit ipsum in possessionem vacuam non solum ad ipsam substantiam rei, & qualitates, sed etiam ad quantum interest. 1.

Item ad quantū interest, si res fuerit euicta. 2.

Item ad recuperandas expensas vtiles, & necessarias factas in re conducta. 3.

Item ad exonerationem mercedis, si prohibeatur frui re conducta. 4.

Item ad reficiendam rem locatam. 5.

Itē ad exhibendos custodes horreo iā fracto. 6.

Locator habet actionem ad consequendam mercedem tempore debito. 7.

Actio præscriptis verbis conceditur inter Aduocatum, & Clientem, Medicum, & Infirmum &c. quando non est conuentio de certa mercede. 8.

Condictio indebiti conceditur in materia locationis, & conductionis, quando per conductorem solutum est, vel ex errore, vel ex inaduertentia suprà id, quod erat debitū. 9.

Vendicatio rei vtilis competit locatori in causis, quibus conductorem potest expellere. 10.

Iniuriarum actio competit locatori aduersus quemcunque alium pro suo interesse. 11.

Interdictum vti possidetis conceditur locatori aduersus quemcunque turbantem colonum suum. 12.

EX mutua obligatione contrahentium in aliquo genere contractus nominati regularitèr consurgunt actiones actiuæ, & passiuæ, quæ ex tali contractu denominationem nanciscuntur; sic ex mutua obligatione inita inter emptorem, & venditorem consurgit actio ex empto, ex obligatione inter socios actio pro socio, inter deponentem, & depositarium actio depositi, vt sub suis titulis expresse examinauimus. Actiones etiam oriri ex obligatione inter locatorem, & conductorem, quæ appellatur actio ex locato, & conducto indubitati iuris est. Id, quod in præsenti controuertendum remanet, est quandonam, & ad quid detur huiusmodi actio, quæ prout est in locatore aduersus conductorem dicitur actio ex locato, prout verò est in conductore aduersus locatorem dicitur actio ex conducto. Vniuersa hæc materia facilè dissoluetur, si fiat comparatio ad obligationes, quæ in vtroque nascuntur iuxtà assertiones omnes appositas in præcedenti prænotione. Sit igitur

Articuli, & rationes dubitandi.

Assertio I. Conductori aduersus locatorem non inducentem ipsum in possessionem vacuam rei locatæ post celebratum contractum, & præstitum liberè consensum datur actio ex conducto non solum ad ipsam substantiam rei, & qualitates eiusdem, sed etiam ad quantum interest eidem conductori, quòd res illa non fuerit immediatè sibi tradita, nisi aliud conuenerint. In hanc assertionem consentiunt omnes, quos viderim.

Probatur, quia ex prææctis præstito liberè consensu immediatè, & ipso iure consurgunt obligationes in locatore, & conductore ad adimplenda conuenta, prout expressè habetur *Instit.de obligat.in princip.* & constat ex dictis in præcedenti *pranot. assert.1.*, ergò, & immediatè actiones in conductore, vt ex parte locatoris adimpleantur conuenta, & exceptiones, ne arceatur præstita re locata ab vsu ipsius, quandoquidem obligatio in contractibus nominatis est mater actionum, & actio mater exceptionem. Huiusmodi actio expressè habetur ex textu *in l. legem 16. & l.si hi 14. ff.locati, & l.1.C. de locato, & l. ex conducto 15.ff.eodem, & l.excepto 11.ff. de act. empt.,*

Obligatio est mater actionū, & actio mater exceptionum.

& l. is, qui 6. ff. locati.

Euincitur ex paritate emptionis, & venditionis.

Quod verò detur actio ad quantitatem, & qualitatem rei conuentæ, & ad omnem modum, in quo à principio locationis conuenit, arguitur *ex l. necessario ff. de peric., & commod. iuncta l. 2. ff. locati*; sicuti enim, si in emptione, & venditione conuenerit circà quid, quale, & quantum, datur actio ad illud aduersus venditorem emptori, ità, si in locatione conuenit circa substantiam, qualitates, & quantitatem dabitur conductori actio ad illa omnia aduersus locatorem, quod etiam expresè habetur *in l. sed addes 29, & in l. si in lege 24. §. colonus ff. locati*.

Iura euincentia actionem ad quantum interest.

Quod tandem detur actio ad quantum interest conductori, quod res non fuerit ipsi tradita, colligitur expresè *ex d. l. sed addes*. Ibi. *Item vtilitèr ex conducto agit is, cui secundum conuentionem non præstantur, quæ conuenerant, siue prohibeatur frui à domino, siue ab extraneo, quem dominus prohibere potest*. Item *in l. ex conducto ff. locati*. Ibi *Ex conducto actio conductori datur; competit ex his causis ferè, vt puta, si re, quam conduxit, frui ei non liceat fortè. quia possessio eius, aut totius rei, aut partis non præstatur, vel si quid in lege conductionis conuenit, & hoc non præstatur, ex conducto agetur*. Item *in l. 1. ff. de act. empt.* Ibi *Si res vendita non tradatur in id, quod interest, agitur*, quod etiam militare videtur in terminis locationis, cum & ipsa sit contractus bonæ fidei, & reguletur ad normam emptionis, & venditionis per superius allegata, quarum omnium dispositionum legalium optima ratio adducitur in textu *l. ex empto 11. ff. de act. empti*. Ibi *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod præstari conuenit, cum enim sit bonæ fidei iuditium, nil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est*.

2 Assertio II. Conductori etiam competit actio ex conducto aduersus locatorem ad quantum eidem interest, si res sibi locata fuerit euicta. Consonat hæc assertio cum ijs, quæ dicta sunt in assertione secunda præcedentis prænotionis, quæ ibi recole.

Vnũ pro alio inuito creditore solui nõ potest

Hoc tantum vnum hic aduertendum est, non plenè satisfacere locatorem in casu prædictæ euictionis reddendo pensionem cum omnimodo interesse, si possit rem ipsam locatam, vel vsum eius euincere, & conductor velit re conducta frui, & huius ea ratio est, quia vnum pro alio inuito creditore solui non potest *l. 2. ff. si cert. petatur*, quod idem habetur *in l. si quis fundum §. hic subiungi ff. locati*; vndè in hac hypothesi tenetur euictorem rogare, vt pro eadem pensione in locatione persistat, quod, si obtinere non valeat, tenetur aliam rem eiusdem perfectionis, & vtilitatis pro eodem pretio conductori ad locationem conferre *l. si quis domum 9. §. planè si dominus ff. locati*, quod, si neutrum ex ijs præstare possit, obligabitur actione ex conducto ad quantum interest eidem conductori, quod res illa non fuerit euicta *l. sed addes §. si quis cum in annum, ff. locati*.

Assertio III. Conductori etiam competit actio ex conducto ad recuperandas expensas vtiles, & necessarias factas in re conducta. Colligitur ex superiùs dictis in *assert. 3.* præcedentis prænotionis, & *ex l. dominus §. 1. l. penult. ff. locati*, pro quibus datur etiam retentio, prout ibi fuse diximus, & sic fauorabilis est materia expensarum tam agendo, quàm excipiendo.

4 Assertio IV. Conductori etiam competit actio ex conducto ad exonerationem mercedis, si prohibeatur frui re conducta ab eo, cui locator non possit resistere. Consonat cum ijs, quæ supra dicta sunt, non enim æquum est, vt subsit oneri mercedis pro re, qua vti non possit. Ad exonerationẽ mercedis.

5 Item eidem competit actio ad reficiendam rem locatam, qua ipse conductor sine refectione vti non possit ad eos vsus, ad quos conduxerat *l. ex conducto in princ. pio, ff. locati, & l. sed addes §. dolia, ff. eod.* Ad reficiendam rem locatam.

6 Item ad exhibendos custodes horreo iam fracto appositos *l. domini horreorum ff. locati not. ex l. D. Pu. C. locati*, & ad reparationem damnorum ex custodia non adhibita ex eisdem iuribus allegatis. Ad exhibendos custodes horreo iã fracto.

Item ad amouenda in fine locationis inuecta, & illata, & si quid fuerit per eundem conductorem adiectum, si fuerit amouibile, vel si non fuerit amouibile, ad congruum pretium *l. sed addes §. inquilinus ff. locati*.

Item ad agendum aduersus locatorem, vt agat actione furtiua aduersus fures fructuum rei conductæ, cum talis actio competat locatori, non conductori *l. cum in plures §. messem ff. locati*. Ad agendũ actione furtiua.

7 Assertio V. In octo potissimum casibus conceditur locatori actio ex locato aduersus conductorem, qui potissimum colliguntur ex præactis *in præcedenti prænot. à quinta assertione vsque ad finem*.

Primò, conceditur eidem actio ad consequendam mercedem, cum iam tempus solutionis eiusdem aduenerit *l. si in lege §. si domus ff. locati*, de quo latè supra, & quidem sic exigente iustitiæ ratione, sicuti enim conductori competit actio ad habendam rem ad vsum, ad quem conduxit, ità locatori debet competere actio contraria ad habendum pro tempore opportuno, & conuento pretium. Ad consequendã mercedẽ tempore debito.

Secundò, ad æstimationem congruam damni dati per conductorem, vel deteriorationis inductæ in rem locatam per eundem *l. non solum ff. in quib. caus. pign., vel hypoth. tacit. contrahatur*, si deterioratio obuenerit ex dolo, vel culpa lata, vel leui eiusdem conductoris *l. si vulnerauerit ff. locati*. Ad æstimationẽ cõgruam damni dati.

cati; & l. in iudicio C. eodem; sicuti enim locator tenetur rem locatam conferre conductori non solum secundum substantiam, sed etiam secundum quantitatem, & qualitates conuentas, ita conductor tenetur eandem restituere secundum quantitatem, & qualitates, secundum quas est tradita, nisi qualitates fuerint diminutæ ex ipso vsu rei, ex quo ex natura sua sequatur illa deterioratio, prout supra dixi.

Ad obseruantiã cõtractus & consequentia ad ipsum

Tertiò ad obseruantiam contractus, & eorum omnium, quæ proueniunt ex natura eiusdem contractus *l. si merces §. conductor ff. locati*. Ad hoc caput reducitur actio ob vsum rei locatæ diuersum à conuento, quamuis in hoc casu per dispositionem iuris eidem locatori concedatur actio furtiua aduersus conductorem per textum *in l. qui iumenta, & l. qui pignora ff. de furtis*.

Ad expellendũ conductorem ex causa.

Quartò, ad expellendum conductorem etiam ante completum tempus conductionis obuenientibus causis expressis *in l. æde C. locati*, inter quas est primò, si Dominus eam rem proprijs vsibus necessariam esse probauerit. Secundò, si Dominus eam corrigere voluerit. Tertiò, si conductor malè in re locata versatus fuerit.

Ad perseuerandum in locatione ad tẽpus cõuentũ.

Quintò, ad perseuerandum in locatione, quousque tempus dissolutionis eiusdem aduenerit *l. si merces §. conductor ff. locati*, quod si conductor ante tempus deseruerit, habet locator actionem ad mercedem, & ad id, quod ipsi interest *l. Dominus §. qui contra legem ff. locati, & l. si in lege §. si domus ff. eod. tit.* Intellige tamen, nisi deseruerit interueniente debita, & legitima causa, prout supra dixi.

Ad recuperandũ rem integram, & non deterioratam

Sextò, ad recuperandam rem integram, & non deterioratam soluta locatione, vel quia aduenerit tempus dissolutionis eiusdem, vel quia ante tempus expellat conductorem ex legitima, & iusta causa. Intellige tamen, nisi deterior facta esset sine vlla prorsus culpa eiusdem conductoris.

Ad id, quod interest.

Septimò in casu, quo quis seruum ducendum conduxerit, cumque duxerit peregrè, & aut ab hostibus captus sit, aut perierit, competit locatori actio ex locato ad id, quod eidem interest, quod non fuerit captus, seu mortuus. Item in casu, quo conductor puerum male agentem acri, & insueto verbere in capite percuteret, vt ei oculus effunderetur, competit Patri actio ex locato ad quantum eidem interest, quod sic filius non fuerit percussus. Hæc omnia expresse habentur *in l. item quæritur §. si quis seruum ff. locati*.

Ad res inuectas pro pensionibus alijsque.

Octauò ad res inuectas, & illatas in re locata non solum pro solutione pensionum, sed etiam pro reparatione damnorum, quæ conductor intulit *§. seruiana instit. de actionib., & l. 2. ff. in quib. caus. pignus, & l. qui fideiussor, & l. quæro, & ibi Glosa ff. locati, Molina disp. 497. vers. res item, Ognate tract. 35. de locatione disp. 129. sect. 7. nu. 159.*

Vltra has actiones, quæ dicuntur ex locato, & conducto, dantur etiam aliæ actiones in materia locationis, & conductionis in aliquibus casibus, quas currenti calamo placet examinare, ne quid desit, quod huic materiæ accommodum, vel vtile sit, aut necessarium, quod præstabo enumerando actiones, de quibus potest esse ratio dubitandi, & applicando singulis casibus.

8 Datur actio præscriptis verbis inter aduocatum & clientulum.

Actio, quæ dicitur præscriptis verbis in duobus potissimum casibus potest competere in hac materia locati, & conducti; primò inter Aduocatum, & clientulum, inter medicum, & infirmum *Bartolus in l. 1. ff. si mensor falsum modum dixerit, Alexander ad Bartol. in l. 2. §. adeò ff. locati*, & inter Grammaticos, & Ludi Magistros *Ioannes Mar. Riminal. cons. 3. nu. 10.* Rationemque adducit idem Bartolus loco, quo supra, quia scilicet hoc inductum est propter nobilitatem exercitij Medici, Aduocati, & Ludi Magistri. Secundò, quando initus est contractus nulla certa mercede expressa, vel mercede incerta *Iason in l. si tibi polienda ff. de præscriptis verb. Cephal. cons. 130. nu. 4. vol. 5., Baldus in l. contractus n. 8. C. de fid. instrument. Romanus in l. sciendum nu. 33. ff. de verb. oblig.* Ratio est, quia, ex quo non conuenerit inter contrahentes de certa mercede, ad illam non potest esse actio ex locato, sed in discordia recurrendum est ad arbitrium boni viri. Adderem etiam hanc actionem præscriptis verbis competere locatori, vel conductori, quando conuentio non esset de mercede in pecunia numerata, sed in parte fructuum, vel in aliqua specie, quia tunc potius esset contractus innominatus, nec propriè locationis contractus per ea, quæ suprà diximus.

Itẽ quando nõ est cõuentio de certa mercede.

9 Iurã euincentia intentum.

Actio, quæ dicitur condictio indebiti, tunc potissimum conceditur in materia locationis, & conductionis, quando per conductorem solutum est, vel ex errore, vel ex inaduertentia aliquid suprà id, quod erat debitum, vel id, quod non erat soluendum, secus autem si aliquid anticipatè soluerit ad vtendum re conducta, qua pro toto tempore vti non potuit sine sua culpa. Hoc totum expressum habetur in textu *in l. sed addes §. si quis cum in annum ff. locati*. Ibi. *Aliter autem, si quis, cum decem conduxisset, quindecim soluerit, hic enim si per errorem plus soluit, dum putat se quindecim cõduxisse, ex conducto actionem non habebit, sed solam condictionem, nam inter eum, qui per errorem soluit, & eum, qui pensionem integram prorogauit multum interest*. Quod autem actionẽ habeat ex conducto, si anticipatè soluerit pro re conducta, & non potuerit pro toto tempore conductionis sine sua culpa colligitur ex *d. l. sed addes §. si quis cum in annum*,

vbi

vbi sic legitur. *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deindè insula post sex menses corruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissimè Melo scribit ex conducto actione repetiturum, nec quasi indebitum condicturum.*

10 Actio, quæ dicitur rei vendicatio ex iusta causa competit locatori aduersus conductorem, vt in causis, in quibus eum potest expellere, si intelligatur de rei vendicatione vtili. Hoc expressè habetur *in l. neque ff. de rei vendicat. §. 1. Instit. de act. Glosa in l. communi diuidendo §. neque ff. communi diuidundo.* Dixi, *de rei vendicatione vtili*, quæ conceditur contra quemlibet habentem facultatem rei restituendæ, siue non & per hoc respondetur ad textum *in l. rei ff. locati*, vbi videtur asseri, non dari rei vendicationem, nisi contra possessorem verum, & legitimum, non autem contra detentorem simplicem; respondetur, inquam, talem textum procedere dumtaxat de vendicatione directa, non de vtili, vt benè explicat *Angelus in l. officium ff. de rei vendicat.*

11 Actio, quæ dicitur iniuriarum, competit locatori aduersus quemcunque alium pro suo interesse *Bartolus in l. hostes ff. de captiu., & post lim. reuers., Baldus in c. dilectis n. 20. de app.* Ratio autem ea esse potest, quia per expulsionem coloni, seu conductoris læditur ius ipsius locatoris, qui propterea poterit agere prædicta actione, vnde colonus, & conductor vim patiens tenetur domino denuntiare, *Iacob. Rimin. cons. 663.*

12 Actio, quæ dicitur interdictum vti possidetis, conceditur locatori aduersus quemcunq; turbantem colonum suum, seu conductorem, *Papiensis in forma turb. possess. in verbo eiusque colonus*, etiam si colonus facta turbatione discessisset *Baldus in l. licet causam n. 34. de probat.* Item aduersus ipsum colonum, seu conductorem dominum turbantem in possessione sua, *Paris. cons. 126. num 5. lib. 4.*, quod consurgit, vel quando conductor finito tempore locationis obstinatè vult in eadem permanere contra voluntatem eiusdem Domini, vel quando ipse conductor locat alteri fundum conductum concedens eundem fundum ab alio in præiudicium veri Domini, *Iacobus Menochius de retin. poss. s. remed. 3. num. 466.* An verò hæc actio vti possidetis competat colono, seu conductori, probabilius est non competere, *Glosa in l. 1. §. quoties ff. de itin. actuque priuato, Innocentius in c. veniens de præscript., Menochius de retin. poss. rem. 3. n. 46.* Ratio ea esse potest, quia conductor non est propriè possessor rei conductæ, tale autem remedium non competit ei, qui non est possessor, vt habetur *l. 3. §. creditores ff. vti possidetis*, vbi denegatur hæc actio creditoribus, quia propriè non sunt possessores; Neque obesse potest, si asseratur, quod in supradictis fuerit affirmatū, quod detur simplex rei vendicatio contra conductorem, cum tamen hic propriè non sit possessor, *ex l. neque ff. de rei vendicatione*, cum satis sit, quod habeat facultatem non restituendæ rei conductæ, adeoque, quod hoc etiam satis sit ad hoc, vt vti possit tali remedio, *vti possidetis*, cum actiones actiuę, & passiuæ debeant sibi inuicem correspondere; Non, inquam, obesse potest, quia maius ius requiritur ad agendum, quam ad excipiendum, & plura ad adipiscendam possessionem, quam ad detinendam, cum melior sit conditio detinentis; neque item obesse potest, si asseratur simplici detentori, qualis est colonus, competere actionem, *vndè vi* aduersus quemcunque *l. fulcinius ff. de vi, & vi armata*, & item interdictum de itinere, actuque priuato, *l. 1. § si tibi ff. de itin. actuque priuato*, hoc autem interdictum magnam habet affinitatem cum interdicto vti possidetis, Non, inquam, obesse potest; non primum, quia in primis non ita certum est, quod interdictum, *vndè vi*, competat colono, vel conductori, quin contrarium asseratur per magni nominis Doctores, & quidem congrua ratione. Hoc expresse docent, *Ripa in l. 1. n. 44. ff. de acquirend. possess., & in rub. de caus. possess. & propriet. num. 26., Francisc. Connan. lib. 3. comment. iuris ciuil. c. 10. num. 8., Couar. de moment. possess. limit. 21. num. 12., Gomez in reg. de anual. qu. 57. num. 2., Natta cons. 161. num. 12. vol. 1., Redoan. de reb. Eccles. fol. 24. n. 12.* conformitèr ad textum *in l. 1. §. deyicitur ff. de vi, & vi armata*, quia colonus, & conductor nullo modo possident *l. 1. C. de vsucap. transform.* Deindè, vt benè notat *Menochius de retin. possess. rem. 3. num. 49.*, ille textus *in l. Fulcinius* non procedit de simplici detentore, sed de possessore propriè sumpto accepto lato modo vocabulo *detinere* pro *possidere*; nec item obesse potest secundum, quia, vt benè asserit *Bartolus, Angelus in d. l. 1. §. si tibi ff. de itinere, atque priuato* illud interdictum de itinere, actuque priuato conceditur detentori, cum non sit possessorium, cum sufficiat per triginta dies colonum vsum fuisse illo itinere. Deindè illud interdictum non redditur colono, sed vero Domino, vt attentè consideranti textum fit manifestum.

Item aduersus ipsum colonum seu conductorē.

Non tamen conductori.

Maius ius requiritur ad agendū, quam ad excipiendum.

Alias actiones considerant alij in ordine etiam ad materiam locati, & conducti desumptas ex varijs textibus iuris ciuilis, quę inducunt varia remedia, vel retinendæ, vel recuperandæ &c. Sed quia hæc materia longius, quam par est excederet examen Thologicum, ideò ad iuris peritos vos remitto, & præcipuè ad *Vincentium Carocium parte vlt. à quæst. 1. vsque ad finem.*

PRÆ-

PRÆNOTIO XVII.

An conductor possit præscribere contrà Dominum rem conductam.

SVMMARIVM.

Conductor, qua conductor præcisè est, non potest legitimè rem conductam præscribere. 1.
Conductor invertens possessionem Domini de iure ciuili potest præscribere, non sic de iure canonico. 2.
Conductor, non qua conductor est, sed possidens bona fide alio titulo potest præscribere. 3.
Facta locatione ad modicum tempus, si eo elapso conductor perseuerauerit ad triginta annos soluendo pensiones præscribit, & fit perpetuus. 4.
Conductor, qui per spacium triginta, vel quadraginta annorum non soluit, probabilitèr de iure ciuili illas præscribit etiam de futuro, non sic de æquitate canonica. 5.

EX diutina rei detentione ad tempus à iure præscriptum regularitèr detinens rem illam præscribit, suamque facit etiam quoad dominium plenum, & perfectum. Hic iam ex occasione examinandum occurrit, an etiam conductor ex diutina rei conductæ corporali detentione ius talis præscriptionis acquirat aduersus eundem Dominum. Pro solutione conditiones ad legitimam præscriptionem requisitas recole ex ijs, quæ latè tradidimus *tom. 1. sub tit. Contractus l. de contractib., vt sic prænot. 2.*

Rationes dubitãdi, & articuli examinandi. Rursus aduerte, conductorem intentantem præscriptionem quoad rem conductam duplicitèr eandem posse intendere, vel qua præcisè conductor est, vel qua possessor sub alio titulo colorato apto secundum se, si est realis, ad legitimum dominium rei, quatenus scilicet, quantumuis in re, non nisi corporalitèr rem illam detineat sub titulo conductionis, nihilominus obliterata memoria contractus eiusdem conductionis arbitretur eandem rem possidere, vel titulo emptionis, vel donationis, vel hæreditatis, vel alio simili apto ad conferendum dominium, & veram, ciuilemque possessionem. Tandem, vel procedimus considerato præcisè iure ciuili, an etiam considerata dispositione iuris canonici. Quibus pro notitia consideratis sit

1 Assertio I. Conductor, qua præcisè conductor est, & sub hac formali consideratione non potest legitimè rem conductam præscribere. *Coaruuias reg. possessor prima part. in princip. n. 7., Bartolus in l. 1. n. 8. ff. de acquir. possess., Alexander in l. 3. §. ex contrario n. 6., Molina iurista lib. 2. de primogen. cap. 7. à n. 66., Molina Theol. disp. 64., Panormitanus c. de quarta de præscript., Ognate tract. 35. de locat. disp. 129. sect. 2. à num. 144. ad fin.*

Probatur expressè ex defectu conditionum requisitarum ad legitimam præscriptionem, qui defectus vtique reperitur in conductore, qua talis simplicitèr est; nam ad ipsam legitimè habendam requiritur titulus saltem coloratus aptus secundum se ad acquisitionem dominij per ea, quæ docui *tom. 1. sub tit. Contractus l. de Contractib., vt sic prænot. 2. n. 22.*, & insuper ciuilis possessio rei præscribendæ, quæ est fundamentum, & radix eiusdem præscriptionis *c. possessor. de reg. iur. in 6.* prout diximus *d. tom. 1. prænot. 2. n. 21.*, vbi etiam asseruimus defectu huius conditionis legitimè emphyteutam non præscribere res emphyteuticarias, nec conductorem res sibi locatas, nec depositarium res depositas, nec baiulum res, quas defert *c. cum venisset de restit. spoliat. Glosa in c. Clerici 16. q. 3.*, sed penes conductorem, qua talis præcisè est, & sub hac formali consideratione, nec adest titulus coloratus aptus ad acquisitionem dominij, siquidem per locationem non transfertur dominium, cum solum conferatur vsus manente dominio penes locatorem per ea, quæ supra diximus, & probauimus, nec ciuilis possessio, sed dumtaxat corporalis detentio, quæ non sat est præscriptionem *l. 1. §. qui seruum per fugam ff. de acqu. possess. l. serui §. vltim. ff. de furtis l. accessionibus ff. de diuers. præscript.*, quod in fortioribus terminis deducitur ex *l. pignori 13. ff. de vsucap.* vbi dicitur *Pignori rem acceptam vsu non capimus, quia pro alieno possidemus*, ergo etiam, cum conductor rem conductam pro locatore possideat, non poterit illam vsucapere.

Ciuilis possessio est radix præscriptionis.

Apud cõductorẽ non est titulus coloratus

Accedit primò, quod conductor, vel colonus, quo tales formalitèr sunt, recognoscunt locatorem in dominum eidem soluendo pensiones, sed qui alium recognoscit in dominum nullo vnquam tempore præscribit *Cynus, Bartolus, & alij in l. malo agitur C. de præscript. 30., vel 40. ann. in auth. perpetua C. de Sacrosanctis Eccl. Castrensis in l. neque C. de vsufruct.*

Colonus recognoscit locatorem in dominũ.

Hic oritur difficultas, an, si colonus, vel conductor inuertat possessionem domini non admittendo eundem venientem, nec ipsum recognoscendo per pensiones ad longissimum tempus aptum secundum se ad præscriptionem, dici possit præscribere, cum dicatur, præscriptionem longissimi temporis titulum causare *Rolandus conf. 13. nu. 28., & 29. vol. 2.* Iuxtà sententiam asserentem iuxtà iura ciuilia præscriptionem triginta, vel quadraginta annorum etiam cum mala fide procedere, cum illud tempus causat titulum, cuius meminit *Coaruuias in reg. possessor. part. 2. §. 11., Lessius lib. 2. c. 6. dub. 6. n. 19. in princip., & aly* asseri posset, conductorem sistendo in iure ciuili tunc præscribere. Nihilominus sistendo in iure 2

De iure ciuili præscribit nõ de canonico

canonico absolutè afferendum eſt, legitimè non præſcribere *ex c. fin. de præſcript.*, quia inter cæteras conditiones requiſitas ad legitimam præſcriptionem de iure canonico requiritur bona fides poſſeſſoris *cap. poſſeſſor de regulis iuris in 6.*

Hæc adeò vera ſunt, vt conductor, qua talis eſt, non præſcribat rem conductam, aduerſus dominum, vt etiam procedant in hypotheſi, qua ipſe conductor ſibi ſuaderet titulum conductionis protractæ ad legitimum tempus, ad præſcribendum eſſe ſufficientem, cuius ratio eſt, quam communitèr adducunt Doctores, quia ignorantia iuris ad præſcribendum non valet, & in foro exteriori nunquam præſumitur, &, cum nunquam cenſeatur inuincibilis, obeſt præſcriptioni. Faciunt ad hoc iura tùm ciuilia, tùm canonica *l. ità iuris ff. de iur., & fact. ignorant,* vbi dicitur, *Iuris ignorãtia negatur prodeſſe, facti verò ignorantiam prodeſſe conſtat.* Item *l. nunquam ff. de vſucap. c. qui contrà iura de reg. iur. in 6. c. 2. §. contractus de reb. Eccleſ. non alien. c. Apoſtolica de donat., & c. dudum de decimis.*

Ignorantia iuris ad præſcribendũ non valet

5 Aſſertio II. Conductor, non qua conductos eſt, ſed ſub alio titulo colorato apto ſecundum ſe ad acquirendum dominium, & poſſeſſionem ciuilem rei, quo putat ſe poſſidere, quamuis in re talis titulus eidem non ſuffragetur, poteſt legitimè rem conductam præſcribere. Hoc eueniret, ſi ſibi ſuaderet poſſidere, vel titulo hæreditario, vel donationis, vel emptionis, dummodò tamen interueniant aliæ conditiones requiſitæ ad legitimam præſcriptionem

Probatur, quia in hac ſuppoſitione nihil deeſſe videtur, quod neceſſarium ſit ad legitimè præſcribendum; eſt etenim bona fides, qua conductor ſibi perſuadet, rem ità ſe habere, ſicuti ſibi ſuadet; eſt ſufficiens poſſeſſio, cum animo dominantis detineat; eſt iuſtus titulus coloratus; non enim ad præſcribendum requiritur titulus realis, cum hic ſecundum ſe ſit ſufficiens ad acquirendum dominium præſcindendo ab alijs conditionibus requiſitis ad præſcriptionem; eſt tempus legitimum à iure præſcriptum ad præſcribendum, vt ſupponitur, & res illa, de qua dicitur currere præſcriptio, eſt ſecundum ſe alienabilis, & transferibilis, ergo &c.

Eſſet omnia requiſita ad legitimam præſcriptionem.

Hæc, quæ hactenus diximus, procedunt de præſcriptione rei locatæ, ſeu conductæ quoad dominium, & proprietatem. Nunc aliqua examinanda occurrunt quoad præſcriptionem vſus, & vſufructus manente dominio, ſeu proprietate penes locatorem, & quoad præſcriptionem penſionis; & primò inquiretur, an, ſi res fuerit locata conductori ad modicum tempus, atque hic nulla facta renouatione contractus perſeuerauerit ad triginta, vel quadraginta annos ſoluendo Domino quotannis penſiones, poſſit vſum contra dominum ipſum præſcribere, vt efficiatur perpetuus, nec poſſit eijci à conductione. Secundò, an, ſi colonus, vel conductor per ſpacium triginta, vel quadraginta annorum penſiones locatori non perſoluerit, præſcripſerit onus illas perſoluendi non ſolum pro tempore præterito, ſed etiam pro tempore futuro. In ordine ad primum ſit

Nonnulla notabilia quoad præſcriptionem penſionis & vſus.

Aſſertio III. Facta locatione ad modicum tempus puta ad triennium, ſi ſine renouatione eiuſdem poſt illud triennium conductor perſeuerauerit per triginta annos ſoluendo penſionem legitimè præſcribit vſum ad eum effectum, vt efficiatur perpetuus, nec poſſit amplius eijci à conductione, *Bartolus, & Baldus in l. cum notiſſimi, & in l. omnes C. de præſcript. 30., vel 40. annorum, & in l. 2. C. de iure emphyt., Beroи. in c. dilecti filij n. 24. de arbitr., Balbus de præſcr. part. 3. q. 10. n. 34., Alciatus in l. ſi certis annis num. 9. C. de pactis, Tiraquel. de præſcript. §. 1. gloſ. 4. verſ. 13., Afflictus deciſ. 365. nu. 13.*

Ratio huius aſſertionis ea eſt, quia, ex quo ſine tempore Domino conniuente in contractu conductionis perſeuerauerit, cõductor videtur ex Domini beneplacito ius acquiſiuiſſe perſeuerandi in perpetuum ex *l. ſi colonus C. de agric., & cenſ.*, & locator poſſeſſionem ex tanti temporis negligentia amiſiſſe dicitur *Crauetta conſ. 124. num. 14.* Neque obeſſe poteſt, ſi afferatur, remedium recuperandæ poſſeſſionis eſſe perpetuum, cum ſit ſolius rei perſecutorium, & non pænale; non, inquam, obeſſe poteſt, quia vt benè notat *Menochius de recup. poſſ. remed. 15. n. 148., & ſeqq.* huic remedio per præſcriptionem triginta annorum derogatur *Butrius in cap. ſollicita, & ibi Abbas n. 14., & Beroи. n. 39. de reſt. ſpoliat., Caſtrenſis conſ. 105 in quæſtione, quæ ſperatur moueri col. vlt. lib. 1., Socin. in l. rem quæ nobis n. 18. ff. acquir. poſſeſſ., Lucas à Penna in l. ſi coloni qu. 20. C. de agric., & cenſ. lib. 11.*, idemque placuit *Robert. Maranta de ordine iudiciorum ſept. diſt. iudic. nu. 50. in fin.*, vbi reddunt aliqui hanc rationem, quia ſcilicet dominium tanto tempore præſcribitur *cap. vlt. vbi Doctores de præſcript., Bartolus in l. rem alienam ff. de pignorat. act.*, ergo multo magis illo tempore præſcribi poterit hæc rerum poſſeſſio, quæ longè minoris eſt præiudicij.

Locator præſumitur amiſiſſe poſſeſſionẽ.

Hoc tamen vnum monerem in data ſuppoſitione contractum non manere in ſimplicibus terminis locationis, & conductionis, cum de ratione ipſius ex ſuperius dictis ſit, vt non protrahatur vltrà decennium, ſed ex tacito partium conſenſu tranſire in naturam emphytheuſis ſaltem ad vitam ipſius conductoris.

Tranſiret in naturam emphytheuſis.

Limita tamen aſſertionem, vt procedat, quando locatio in ſui principio facta eſſet

ad

ad modicum tempus, & deindè in prosecutione protracta esset vltra illud ad annos triginta, secus si locatio, quæ tamen esset potius emphytheusis ab initio esset facta ad tempus triginta, vel quadraginta annorum, quia ex hoc non acquirit ius conductor perpetuandi *l. malè agitur, & l. competit C. de præscript. 30., vel 40. annor., Ruin. cons. 116. n. 5. vol. 1. Anch. qq. famil. 24. n. 11. part. 1., Riminal. senior. cons. 100. n. 24. & 27. vol. 1., Crauett. de antiq. temp. part. 4. n. 122.*

Limita in casu, quo locatio facta esset ad longum tempus.

Assertio IV. Non improbabile est, conductorem, qui per spatium triginta, vel quadraginta annorum pensiones locatori non soluit præscribere ius ad easdem non solum pro tempore præterito, sed etiam pro futuro loquendo potissimum de iure ciuili, secundum quod currit longissimi temporis præscriptio, secus de æquitate canonica *Balbus in tract. præscriptionis in 4. part. 4. partis principalis q. 11. sub n. 3., Antonius Gabriel de præscript. conclusion. 1. Cranet. de antiq. temp. part. 4. n. 248.* Plura scripsimus de hac materia *tom. 1. Contract. IV. de emphyth., & censib. prænot. 23. per totum*, ad quæ remitto Lectores, ne diutius immoremur in quæstione iam agitata, quæ tamen omnia remitto sub censura.

PRÆNOTIO XVIII.

De renouatione tacita locationis, & conductionis.

SVMMARIVM.

Elapso termino primæ locationis in controuersia inter contrahentes, an continuanda sit locatio, datur prælatio recusanti perseuerantiæ. 1.

Excipe in conductore bonorum fiscalium, & in conductore scholastico domus. 2.

Conductor finito tempore locationis sciente, & patiente locatore perseuerans in re conducta censetur ex tacito consensu habere prorogationem contractus. 3.

Excipe in Medico conducto à communitate. 4.

Item in muliere stante statuto, quod nequeat contrahere sine assensu agnatorum. 5.

Inducta tacita renouatione contractus intelliguntur repetitæ omnes conditiones præcedentes. 6.

Non tamen repetita fideiussio. 7.

Prorogata tacitè locatione non semper intelligitur prorogata ad totum tempus, ad quod fuerat primo inita. 8.

NOn est dubium peracto primæ locationis tempore per mutuum contrahentium consensum posse locationem, & conductionem renouari sub eisdem pactis, & conditionibus, quibus primus contractus fuerat celebratus; si enim primum inire potuerunt, cur non secundum? Quod adeò verum est, vt in rebus immobilibus Ecclesiasticis, iu quibus prohibetur locatio vltrà triennium, possit eadem illo elapso renouari, quia nõ est continuatio primi contractus, sed nouus contractus cum eodem celebratus, si enim finito primo triennio potest Ecclesiasticus alteri ad aliud triennium locare, cur non poterit iterum locare primo? Difficultas igitur reducitur, quando non est expressus vtriusque contrahentis consensus, sed dumtaxat elapso termino locationis primæ conductor perseuerat in re sibi locata conniuente, & non reluctante locatore, in quo videtur inesse tacitus vtriusque consensus. Hic igitur inquiretur primò, an cedente die primæ locationis altero volente ex contrahentibus recedere à contractu posset alter velle continuari, & cogere alterum nolentem ad perseuerandum. Secundò, an ex permanentia conductoris in re conducta post elapsum primum terminum vtroque tacente intelligatur inducta tacita reconductio. Tertiò, an, si intelligatur inducta tacita reconductio, intelligatur cum eisdem conditionibus, & qualitatibus, & pignoribus, quibus subsistebat prima conductio expressa. Quartò, an, si pro prima conductione fuerint adiecti fideiussores, intelligantur etiam hi adiecti, & obligati pro reconductione. Quintò, an reconductio sic tacitè inita intelligatur ex necessitate ad tantum tempus, ad quantum inita erat prima conductio, & alia huiusmodi. Sit iam

Rationes dubitandi circa titulum.

1 Assertio I. Elapso termino primæ locationis in controuersia inter contrahentes, an continuanda sit locatio datur prælatio recusanti perseuerantiæ *Antonius Gomez. 2. var. c. 3. n. 15., Molina disp. 498., Aluar. Valascus de iur. emphyt. q. 21. n. 20. Ognate tract. 35. de locatione disp. 130. sect. 2., Siluester verb. locatio num. 15.*

Expressè colligitur assertio *in l. inuitos 11. C. de locat.*, vbi sic legitur. *Inuitos conductores, seu hæredes eorum post tempus locationis non esse retinendos sæpè rescriptum est*, vbi Doctores, & præcipuè Baldus subdunt. Reconducere non tenetur inuitus, *& in l. inuitum ff. de contrahenda emptione*, vbi dicitur *Inuitum comparare, aut distrahere desiderium iustam causam non continet*, & vlterius

Reconducere non inuitus.

Probatur ratione, quia contractus locationis est vltrò, citroque obligatorius, ad quem effectum requiritur vtriusque consensus, cum nonnisi consensu obligatio contrahatur, sed finito tempore primi contractus altero renuente non potest esse hic consensus, ergo &c. Neque dicas, hunc consensum ex necessitate supponi cõtinuatum cum priori; contra enim impugnaberis, quia ille consensus fuit limitatus ad tempus conuentum primæ locationis, &

Consensus fuit limitatus ad tempus conuentum.

conductionis, ergo eo elapso intelligitur contractus dissolutus, adeoque ad nouum contractum ineundum, vel ad continuandum priorem requiritur saltem tacitus consensus vtriusque, qui esse non potest cum expressa resistentia alterius.

2 In duobus casibus præferendi sunt perseuerare volentes.

Limitant tamen aliqui ex dispositione iuris assertionem in duplici casu, quo conductores cum eisdem conditionibus ab alijs oblatis vellent perseuerare. Primus est in conductione prædiorum fiscalium ex dispositione iuris *in l. congruit C. de locato prædiorum ciu. lib.* 10., vbi sic legitur. *Congruit æquitati, vt veteres possessores fundorum publicorum nouis conductoribus præferantur, si facta per alios augmenta suscipiant*. Secundus est in scholastico conductore domus, qui pro eadē pensione, & cū eisdem conditionibus alijs præferendus est in locatione iuxtà textū *in c. 1. de loc., & Ognate tr. 35. de locat. disp.* 130. *sect.* 2. *n.* 8., testatur de communi, licet meo videri hoc non sit in praxi.

3 Assertio II. Regularitèr loquendo, si conductor finito tempore locationis sciente, & patiente locatore perseueret in re conducta, censetur ex tacito vtriusq; consensu prorogatus contractus *Molina disp.* 498. *vers. quod attinet ad tertium, Aluarus Valascus de iure emphyt. q.* 21. *nu.* 20., *Antonius Gomez* 2. *variarum c* 3. *n.* 15., *Rebellus lib.* 14 *qu.* 12. *n.* 1., *Mascardus de probat. concl.* 993., *Mantica de tacit. & ambiguis l.* 5. *tit.* 9. *Ognate tract.* 35. *de locat. disp.* 130. *sect.* 2. *num.* 10., *Bonacina disp.* 3. *q.* 7. *punct. vlt. nu.* 1.

Iura euincentia assertum.

Hæc assertio habet dispositionem potissimum in iure *in l. item quæritur §. qui impleto ff. locati*. Ibi *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videbuntur durare obligata*. Item *in l. qui ad certum ff. eodem*, vbi sic legitur. *Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, & huiusmodi contractus neque verba, neque scripturam vtique desiderant, sed solo consensu conualescunt*. Item *in l. legem C. de locato*, vbi hoc etiam expresse definitur.

Non est necesse, quod per verba exprimatur cōsensus.

Ratio autem huius assertionis ea potissimum est, quæ innuitur *in d. l. qui ad certum*; nam huiusmodi contractus solo consensu perficiuntur, ergo etiam solo consensu partium, postquam primus per lapsum temporis conuenti fuerit absolutus, poterit conualescere, sed quando conductor permanet in re conducta sciente, & patiente Domino, quamuis per verba non exprimatur consensus, quæ ex dictis in hoc contractu non sunt necessaria, præsumitur tacitus vtriusque consensus; nam, si conductorem nollet locator perseuerare, liber esset ad ipsum expellendum, &c., si conductor nollet perseuerare, posset liberè recedere, ergo &c. Subsumpta minor probatur, quia taciturnitas, quę coniungitur cum actu positiuo, qualis est permanentia, habetur pro consensu Bartolus *in l. quo enim ff. rem. rat. habere argum. in l. si filius famil.* 2. *ff. ad Maced.*, & taciturnitas cum scientia habetur pro consensu *l. in sponsal. §.* 1., *& ibi Bartol. ff. de spons., & l. si seruus §. fin. de donationibus inter vir., & vxor*, maximè, si sit in ijs, quæ tacente inuito fieri non possent, vt euenit in præsenti hypothesi *In Specul. de elect. §.* 1. *&* 2. *in* 2. *col. vers. item numquid*.

Tacitur-nitas, quę coniungitur cū actu positiuo habetur pro consensu

Dixi, *regularitèr loquendo*, quandoquidem in plerisque conductoribus secundum aliquas circumstantias fallit prædicta regula. Quamobrem, vt clariùs procedam, referam ad amussim casus, in quibus vim habet illa dispositio *in l. item quæritur §. qui impleto ff. locati*, & casus, in quibus vim non habet.

Sic primò vim non habet in Medico conducto ab aliqua communitate per generale ipsius concilium ad determinatum tempus; nam, si eo elapso Medicus infirmos visitauerit, prout prius, nescentibus officialibus, nihil operatur, quia non stat in arbitrio infirmorum hoc facere, cum pertineat ad officiales eiusdem communitatis *Ripa in tract. de peste c. fin. num.* 124., quod amplias etiam *Carocius de loc., & conduct. tit. de Medico qu.* 7. *nu.* 8., quando publicè scitur tanquam notorium facti permanentis, & etiam per aliquos ex officialibus dictæ communitatis, ques curauit, & visitauit, & hoc propter eam rationem, quod refirma pendeat a forma concilij simul adunati; nam quantumuis ipsi officiales scientes hoc passi fuerint, non tamen hoc præstiterunt, vt homines de vniuersitate, vt simul formalitèr congregati, sed vt singuli, vt singuli autem non habent potestatem reconducendi.

4 Non habet locū in Medico à cōmunitate conducto

Secundò vim non habet in muliere, stante statuto, quod mulier non possit contrahere sine consensu agnatorum proximiorem, & decreto Iudicis, vel simili solemnitate extrinseca, quæ, si primo locauerit, vel conduxerit seruata forma statuti; ex conniuentia, qua finit conductorem in sua re conducta post tempus primæ locationis permanere, & ex conniuentia, qua locator finit ipsam perseuerare, non arguitur facta tacita relocatio, & reconductio *Parpal. in l. si quis, nec causam § si res pignoris n.* 2. *ff. si cert. pet., Ancbar. q. famil.* 42. *n.* 5. *part.* 1. *Francisc. Marc. decis. Delphin.* 539. *nu.* 4., *&* 5. *par.* 1., *Anguis. cons.* 72. *n.* 11., *& seq. part.* 1. *Borgin. decis.* 44. *nu.* 86., cuius ratio est, quia, sicuti ad locationem, & conductionem in hac hypothesi statuti non sufficit solus mulieris consensus, ità ijs terminatis per lapsum temporis conuenti nō sufficit ad relocationē, cum sit implicitè nouus actus &c.

5 Nec item in muliere stante statuto, quod nequeat cōtrahere sine consensu agnatorū

His, nonnullisque alijs exceptis, quæ vel ex paritate rationis, vel ex dispositione iuris

iuris, non habent locum in illa *l. item quæritur §. qui impleto §. locati* regularitèr ex conniuentia vtriusque contrahentis arguitur inducta renouatio contractus; singulos autem casus non expedit referre, cum ex generali regula deducantur.

6 Assertio III. Inducta tacita renouatione contractus iuxta modum expositum in præcedenti assertione intelliguntur regularitèr repetitæ conditiones, & qualitates, & circunstantiæ in prima conductione, seu locatione appositæ *Baldus in l. si constante vers. sed pone C. de donat. ante nup. in l. etiam in fin. vers. extrà quaro C. de iur., Castrensis in l. cum plures §. legem vers. in text. ibi quodam ff. locati, Baldus in l. legem vers. sed quid in contractu ff. locati, Bartolus in l. si mihi, & Titio col. fin. vers. vndè tunc crederem ff. de verb. oblig., Alexander cons. 105. col. 2. vers. quia respondeo vol. 4., Altiatus reg. 2. præsumpt. 17. nu. 5.*, & ex Theologis *Antonius Gomez lib. 2. var. c. 3. n. 17., Molina disp. 498. vers. in euentibus in quib., Rebellus lib. 14. qu. 12., Bonacina disp. 3. q. 7. punct. vlt., Fillintius tract. 36. c. 3. qu. 7., & alij ferè omnes.*

Ratio huius assertionis ex eo deducitur, quia contrahentes tacitè consentiendo quoad substantiam contractus intelliguntur tacitè etiam eidem consentire quoad quantitatem, qualitates, & modos, & qui consentit principali intelligitur etiam consentire accessorijs, nisi dependeant ex alterius à contrahentibus voluntate *ex reg. accessorium de reg. iuris in 6., & l. cum principalis ff. de reg. iur., & in l. non dubium C. de legibus, & in l. aliam C. de nouat.*

Consentiés principali assentitur, & accessorijs.

Dixi, *regularitèr*; nam in nonnullis fallit, vt præcipuè quando huiusmodi conditiones dependent ex alterius à contrahentibus voluntate, vel quando ex dispositione iuris, vel consuetudine aliquid diuersum statuitur, vt videbimus infra de fideiussoribus, & pignore.

Hic in particulari placet inducere conditiones, & qualitates, quæ intelliguntur in tacita renouatione contractus repetitæ. Sic primò in tali renouatione intelligitur repetitio pignoris in rebus inductis, & inuectis. Expressè habetur *in d. l. item quæritur §. qui impleto ff. locati.* Ibi *non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videbuntur durare obligata*, & item *in l. legem 16. C. de locato.* Ibi *Eandem locationem vna cum vinculo pignoris renouare videtur.* Hocque expressè sentiunt *Baldus in l. legem C. de locato Barbatius cons. 14. col. 7. vers. cum ergo lib. 2., Bertach. de gabel. part. 2. n. 10., Berous qu. 284. num. 14., Ruin. cons. 78. num. 4. lib. 1.*

Intelligitur repetitum pignus.

Secundò in tali tacita renouatione intelligitur repetitum idem pretium pensionis *Baldus in l. cum quidam in fin. C. de iur. doti., Anton. Gomez 2. var. c. 35. nu. 15., Molina d. disp. 498. vers. in euentibus in quib. Cremens.* sing. 13. Hoc vltra rationem superius adductam ex eo euincitur, quod dicitur *in l. qui ad certum ff. locati.* Ibi inter cætera sic habetur. *Intelligitur Dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare*, non locaret autem ex integro, si repetitio non esset pro eodem pretio.

Ité idem pretium pensionis

Tertiò in tali tacita renouatione intelligitur renouatum onus quoad conductorem soluendi pensiones pro tempore conuenti in prima celebratione contractus; vndè, si conuenerit, vt pro medietate vno tempore persoluatur, pro alio tempore, vtique conuentio erit seruanda, adeò vt non possit conductor obligari ad prius persoluendum, nec locator ad expectandam solutionem pro vltimo termino. Deducitur ex ratione generali superiùs adducta, cum quoad hoc non militet diuersa ratio, nec diuersa iuris dispositio.

Ité onus soluendi pensiones tempore conuento

Hæc, quæ hactenus diximus, procedunt quoad ea, quæ sunt regularia contractus; cæterum quoad aliqua, quæ ex specialibus contrahentium pactis in celebratione primi contractus fuerunt inuecta, non videtur habere locum assertio, nisi specialitèr de ijs conueniatur in renouatione, sic primò in renouatione non intelligitur repetitum iuramentum præstitum in primi contractus celebratione, quia iuramentum, vt renouetur, requirit solemnitatem verborum *Berous q. famil. 100., Decius in c. de causis col. 3. vers. sed aduertendum est de offic. de leg. Bald. cons. 436. vol. 1., Iason in l. lecta col. 2. vers. septimo principalitèr, & ibi Deci. n. 14. vers. circa secundam quæstionem ff. si cert. pet. Card. in clem. 1. §. nos itaque qu. 5. de iur. iur.* Secundò in renouatione non intelligitur repetita stipulatio, quia ad hanc requiritur certa verba formula *Barbat. cons. 31. n. 12. vol. 1., Ancharr. q. 42. n. 10. & seq. p. 1. Crot. cons. 15. n. 18.* Tertiò nec repetita obligatio in forma cameræ apposita in prima celebratione contractus *Iason cons. 49. col. fin. lib. 3., Baldus in l. legem C. de locato, Afflictus decis. 365. propè fin., Galles. ad form. cameræ part. 3. q. 5. n. 18. in fin.*, quia hæc conditio est præter naturam contractus, quæ non intelligitur apposita, nisi exprimatur. Quartò, nec repetita intelligitur pæna in renouatione contractus, quia pęna vtpotè odiosa non præsumitur volita, nisi expressa sit *Baldus in d. l. item quæritur §. qui impleto ff. locati, Marsilius sing. 300. decis. tholos. 181. Ruin. cons. c. 1. n. 37. vol. 5., Tiraquel. ad l. boues §. hoc sermone n. 54. ff. de verb. oblig.* In vniuersum attende, an conditiones appositæ in primi contractus celebratione tales sint, vt vltrà propriam, & naturalem contractus formam exigant quid vlterius extrinsecum, & præter formam, & naturam contractus, vel certam verborum solemnitatem, & tunc non intelliguntur repetitæ; secus

Nó item iuramentum in primo cõtractu appositũ.

Nec item stipulatio

Nec obligatio in forma cameræ.

Nec pæna.

secus verò, si consistant in consueta forma.

Assertio IV. Locatio primò celebrata cum fideiussoribus ex parte conductoris ad certum tempus non intelligitur tacitè renouata cum eisdem fideiussoribus elapso tali termino, quantumuis ex tacito contrahentium consensu prorogetur locatio, *Bartolus in d.l. item quæritur §. qui impleto col. 2. nu. 3 & ibi Fulgos. nu 4., Castrensis nu. 3. ff. locati, Alexander in l. si mora num. 17. ff. solut. matrimon., Iason in l. 1 col. penult. sub num. 17. C. de iudic., Tiraquel. de retract. tit. 2 §. 1. glos. 7 nu. 32., Borgnin. decis. 44 num. 82*, & ex Theologis, *Molina disp. 498 vers. in euntibus, Ognate tract. 35. de locat. disp. 130. sect. 2. n. 6., & alij ferè omnes.*

Nemo præsumitur velle id, quod sibi onerosum est.

Probatur primò, quia non potest esse obligatio fideiussoris sine ipsius consensu, vel reali, vel saltem præsumpto, quia nullus inuitus obligatur, vt est receptum communi omnium sententia, sed terminata per lapsum temporis conuenti prima locatione, ad quam accessit, vt fideiussor, non est expressus consensus fideiussoris, nec præsumitur ad tempus prorogationis tacitè initæ per principales contrahentes, ergo non intelligitur continuari eiusdem obligatio. Minor quoad consensum expressum ex se patet, quoad præsumptum sic euincitur, quia nemo præsumitur velle id, quod sibi onerosum est, nisi constet de retributione pro onere, vndè merito dicitur *in d.l. item quæritur § qui impleto ff. locati, sed hoc ità verum est, si non alius pro eo res obligauerit in priori conductione; huius enim nouus consensus erit necessarius.*

Actio fideiussoria non potest subsistere sine principali actione.

Probatur secundò, extincta principali actione non potest perseuerare actio fideiussoria *l. nouatione C. de fideius. l. quicunque ff eod. tit. l. nouatione ff. de nouat. l. in solutum in princip. ff. de pignor. act.*, & quidem conformitèr ad rationem, quia actio fideiussoria est actio accessoria ad actionem, seu obligationem principalem, accessorium autem non potest existere sine suo principali *l. si cum exceptione §. Labeo ait, & ibi Bartol ff. quod metus caus. l. 1, & ibi Baldus C. de condit. l. eos in princip., & ibi Baldus C. de vsuris*, sed elapso termino conuento primæ locationis eadem extinguitur, siquidem ad renouationem requiritur nouus vtriusque contrahentis consensus, sine quo non subsisteret renouatio, ergo extinguitur, & actio fideiussoria; neque ex eo, quod ex nouo contrahentium consensu cōsurgat renouatio actionis inter eosdem, debet ex necessitate consurgere renouatio actionis fideiussoriæ; quia; sicuti in primis ex communi Phylosophorum placito accidens non migrat de subiecto in subiectum, ita nec ex natura sua actio accessoria ab vna ad aliam principalem actionem. Deindè, sicuti ad constituendum contractum locationis cum fideiussione non solum requiritur consensus contrahentium principalitèr sed etiam accessorij nempè fideiussoris, ita ad renouandum eundem contractum non solum eorundem consensum, sed etiam istius requiri dicendum est. Tandem acta inter alios non possunt præiudicare tertio, qui non concurrit ad actum, ergo, quantumuis principales contrahentes per tacitam renouationem contractus se obligauerint ad continuationem, non propterea obligare potuerunt fideiussorem non consentientem ad onus fideiussionis.

Requiritur consensus etiam fideiussoris ad ipsius obligationē inducendam.

Probatur tertiò, quia fideiussor ad certum terminum non potest extendi extrà illum, nisi expresse agatur, *Dinus, & Doctores in l. Lucius §. Paulus de adminis. tutor., Baldus, Angelus, & Alexander in l. si vnus in princip ff. de pactis*, vndè merito dicitur *in l. Labeo §. si per fideiussorem ff. de recep. arb.* quod, si in prorogatione termini debent fideiussores iterum interuenire, & obligari, debent iterum promittere; nec incongrua sanè ratione, quia non debet ad quid amplius fideiussor obligari, ac ab initio se obligauerit, ergo dum accessit, vt fideiussor ad terminum dumtaxat primæ obligationis sine nouo ipsius consensu non debet in prorogatione obligari. Vide, quæ latè diximus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambys II. Disqu. 4. §. 2. n. 2., & seq.*

Nō prorogatur oppignoratio facta per tertiam personā.

Propter has, & similes rationes fas erit etiam deducere, quod, si quis alius à conductore in fauorem eiusdem in prima locatione ad certum terminum obligasset pignora, non dicatur ex hoc renouasse obligationem eorundem pignorum in præiudiciū eiusdem tertij; hocque præter rationes adductas expresse colligitur *ex d.l. item quæritur §. qui impleto ff. locati vers. si non alius pro eo*. Verum tamen est, quod, si iste tertius, qui in celebratione primi contractus accessit, vt fideiussor, vel de nouo consentiat, vel aliquem actum posuerit vltrà simplicem scientiam, & patientiam, ob quod arguatur ipsius consensus, videatur obligatus remanere etiam in prorogatione contractus, quod eueniret in multorum sententia in casu, quo ipse fideiussor intercederet pro prorogatione contractus, quia, ex quo ipse intercedit, videtur intercedere pro ea secundum illa omnia iura, quæ habuit contractus in prima sui origine, &, cum ipse ad illam concurrerit, videtur iterum ad ea, quæ ad se pertinent, se obligare. Hoc valdè nos commendauimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambys 2. Disq 4 §. 2. n. 5.*, quæ ibi recole.

Assertio V. Prorogata locatione modo exposito, non intelligitur facta prorogatio ad totum illud tempus, ad quod primo fuerat celebratus contractus, sed in prædio rustico censetur prorogatio facta per annum;

annum; in prædio verò vrbano censetur facta pro tempore, quo ex conniuentia vtriusque durat permanentia. Ità quoad primam partem *Bartolus, Glosa, & DD. in d.l. item quæritur §. qui impleto ff. locati, Glosa in l. legem verb. tacito C. de locato, Gregor. Lopez l. 20. tit. 8. part. 5. in verb. etiandeseque la arrendado por el año, che vien, Aluarus Valascus de iur. emphyth. qu. 20. nu. 20., Antonius Gomez 2. var. c. 3. n. 15., Molina disp. 498. vers. quod verò ad tertium, Ognate tract. 35. disp. 130. sect. 2. n. 18.* Quoad secundam *Rebellus lib. 4. qu. 12. n. 2., Molina, Ognate, & plerique ex allegatis pro prima part. loc. cit.*

Hæc assertio quoad primam partem vim habet in iure, & præcipuè *in d. §. qui impleto.* Ibi, *quod autem diximus taciturnitate vtriusque partis colonum reconduxisse videri, ità accipiendum est, vt in eodem anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renouasse, non etiam in sequentibus annis, & si lustrum fortè ab initio fuerit conductioni præstitutum,* quod idem habetur *in l. si quis, nec causam §. res pignori ff. si cert. pet.*, quarum dispositionum legalium ea ratio esse videtur, quia ex vna parte non videntur contrahentes tacitè consentientes contractus renouationi se maiori oneri obstringere, quam exigat vna locatio, quæ compleri possit per annum; ex alia, cum locatio in prædijs rusticis sit in ordine ad fructus, qui regulariter non habentur, nisi per annum, ideò exigente sic natura contractus ad illud tempus videntur assensum præbere.

Locatio ad prędia rustica videtur ad annū.

Hic tamen vnum notandum est, quod, si prædium rusticum non fructificet, nisi de triennio in triennium propter eandem rationem debeat intelligi prorogata locatio ad triennium, quia non nisi pro illo tempore percipitur vtilitas, quod idem intellige, si ad diuersum tempus fundus fructificet *Bartolus, & Glosa d. §. qui impleto ff. locati, Antonius Gomez 2. var. c. 3. num. 17., Rebellus lib. 14. qu. 12. n. 2.*

Vel ad tempus, pro quo fructificat.

Quoad secundam partem ratio deducitur ex contrario sensu; Intantum enim in prædijs rusticis renouatio intelligitur facta, vel ad annum, vel ad triennium, vel fortè etiam ad semestre, si fundus fructificet de semestri in semestre, in quantum locatio sit in ordine ad fructus, & vtilitatem, quæ non nisi pro tali tempore percipitur; non enim congruum est, vt conductor aret, & seminet, & non sibi. Sed hæc ratio non militat in locatione prædiorum vrbanorum, quæ fructificant de die in diem, & ad ratam temporis vniformem, ergo &c.

In vrbanis locationis renouatio intelligitur ad placitum locatoris

Hic pro complemento remanet examinandum, quantonam tempore conductor debeat manere in re conducta cum taciturnitate locatoris, vt intelligatur reconduxisse. Hoc prudentum arbitrio remittendum existimo, qui attenta varietate rerum, & qualitate personarum iudicet. In varijs regionibus ex legibus municipalibus varia tempora ad hoc statuta sunt, vt in regno Castellæ triduum, quæ vtique sunt consulenda.

Tempus ad arguēdam renouationem arbitrio prudentum remittendum est.

PRÆNOTIO XIX.

De dissolutione contractus ante tempus conuentum.

SVMMARIVM.

Enumerantur causæ, ob quas locator potest expellere conductorē nondum finito termino. 1.
Si pensionem non soluerit. 2.
Ob hoc etiam expellere possunt hæredes locatoris. 3.
Etiam si fuerit apposita pœna, ne locator expellat ante tempus. 4.
Etiam si stipulatio pœnalis fuerit iuramento firmata. 5.
Si locatio fuerit ad quinquennium non potest expellere, nisi pensionem non soluerit post biennium, si verò fuerit ad minus tempus posset immediatè post moram expellere. 6.
Actio ex locato non solum extenditur ad complementum, sed etiam ad dissolutionem. 7.
Potest locator expellere, si egeat re locata pro vsibus sibi necessarijs. 8.
Excipe, nisi eadem fuerit necessitas pro tempore concessionis. 9.
Non potest locator ex quacunque necessitate expellere ante tempus conductorem, sed talis, & tanta requiritur, vt secundum prudens iudicium sine illa locator sine graui damno, & incommodo non possit sibi, rebusque suis consulere. 10.
Enumerantur casus, in quibus necessitas non est sufficiens, & casus, in quibus est sufficiens. 11.
Vrgente necessitate potest expellere, quantumuis in celebratione contractus promisserit non expellere sub iuramento. 12.
Item quantumuis in celebratione contractus fuerit apposita specialis hypotheca in re locata in fauorem conductoris. 13.
Non tamen, si locator fuerit certioratus de dispositione l. æde ff. locati, *& eidem in celebratione contractus, vel in indiuiduo, vel in genere renuntiauerit.* 14.
Dispositio iuris in d. l. æde ff. locati *extenditur solummodo ad domos, & prædia vrbana non autem ad fundos, & prædia rustica.* 15.
Olim ob proprias necessitates non poterat locator expellere scholares. 16.
Locator expellens ex propria necessitate tenetur remittere pensionem à tempore, quo expellit. 17.
Potest locator recedere, si res locata egeat refectione. 18.
Onus refectionis rei locatæ spectat ad locatorem. 19.
Locator aduersus cōductorem potest vti inter-

dicto vti possidetis in causa refectionis. 20.

Locator refecta domo tenetur ad permittendum, vt inquilinus redeat ad pristinam conductionem pro tempore, pro quo conduxit. 21.

Tempus refectionis computatur, vel non computatur ad arbitrium conductoris. 22.

Conductor ad arbitrium potest perseuerare, & non perseuerare. Ibid.

Locator potest expellere conductorem, si abutatur re conducta, & quomodo. 23.

Assignantur causa, ob quas conductor non finito termino potest recedere. 24

Conductor potest recedere à locatione, quando vi, dolo, & iniuria tertiæ personæ sine sua culpa impeditur ab vsu. 25.

Finito locationis tempore ipso iure contractum dissolui, nisi tacitè renouetur contractus, certo certius est; ipse enim contractus subsistentiam accipit à consensu, qui non protrahitur vltra tempus, ad quod celebratus est. Rationes igitur dubitandi in hac prænotione erunt solummodò circa eundem contractum dissoluendum intra tempus, in quo ex partium dispositione deberet perseuerare examinando causas, ob quas posset dissolui, quæ causæ, vel militare possunt in fauorem locatoris, ob quas ante tempus possit expellere conductorem, vel in fauorem conductoris, quatenus propter ipsas possit recedere à locatione, vel ex nullius causa, sed tantum ex parte rei locatæ, & conductæ, vel fortè etiam ex vi, & dolo, & iniuria tertiæ personæ, & quandoque etiam ex iure ipsius. Incipiendo iam à causis in fauorem locatoris sit

Rationes dubitādi proponuntur.

1 Assertio I. Ex quatuor potissimum causis locator potest expellere conductorem nondum completo termino conductionis. Primò, si ipse conductor possessionem conuentam non soluerit. Secundò, si ipse locator egeat ipsa re locata. Tertiò, si egeat refectione. Quartò, si conductor in ipsa malè conuersetur. *Antonius Gomez 2. var. cap. 1. num. 5., Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct. vlt. n. 2, Molina disp. 499., Ognate tract. 35. disp. 128. sect. 3. num. 67.* Expressè colligitur hæc assertio *ex l. ade C. de locato*, vbi sic legitur *Æde, quam tu conductam habere dicis, si pensionem domino soluisti inuitum te expelli non oportet, nisi proprijs vsibus eam dominus necessariam esse probauerit, aut corrigere domum maluerit, aut tu malo in re locata versatus es:* Vbi nota primam causam in illis verbis, *si pensionem domino soluisti inuitum te expelli non oportet*, ergo si pensionem non solueris, inuitus poteris expelli, quia ex vulgatis iuribus exceptio firmat regulam quoad non excepta. Nota insuper secundam causam in illis verbis, *nisi pro prijs vsibus eam Dominus necessariam esse probauerit*, ergo, si probauerit necessariam, vtique te poterit expellere, quia necessitas Domini est præferenda. Nota item tertiam causam in illis verbis, *aut corrigere domum maluerit*. Tandem vltimam in illis *aut te malè in re locata versatus es*. Hoc idem habetur in iure canonico *in c. propter sterilitatem § verum de locat.* Ibi - *Verum inuito inquilino domum habitare, vel reficere poteris, si necessitas, quæ tamen non imminebat locationis tempore, id exposcat, remissa tibi pro residuo temporis pensione. Qui etiam indè rationabilitèr amouetur, si peruersè ibi fuerit conuersatus, vel cum canonem per biennium non soluisset.* Assertio iam satis, superque ea allegatis iuribus remanet comprobata; quia tamen singulæ causæ continere videntur nonnullas rationes dubitandi, eas placet in particulari examinare.

Exceptio firmat regulam quoad nō excepta.

Prima est, si conductor pensionem non soluerit, de qua etiam meminerunt *Glosa in l. tutor §. Lucius ff. de vsufructu., & in l. 1. §. cum duobus ff. de collat. bon., Aluarus Valascus de iur. emphyt. qu. 12. nu. 4., Lessius lib. 2. c. 24. nu. 38., Nauarrus c. 17. nu. 193.* Circa hanc causam multas excitant Doctores controuersias. Prima est, an ob eandem causam locatoris hæres possit conductorem expellere. Secunda, an etiam locator possit expellere, quantumuis in celebratione contractus fuerit apposita pæna contra locatorem, ne ante tempus expellat. Tertia, an etiam, si contractus fuerit iuramento firmatus, quod non expellet. Quarta, quantum nam temporis requiratur ad effectum, vt ob pensionem non solutam possit conductor per locatorem expelli. Vltima quomodò cohæreat hoc ius cum actione, quæ conceditur ex locato ad complementum contractus.

2 Variç rationes dubitādi.

Ad primam absolutè asserendum est etiam ob dictam causam per hæredem locatoris posse expelli. *Ognate dict. tract. 35. disp. 128. sect. 3. n. 68.*, vbi citat *Bonacinam, & Molinam.* Ratio ea esse potest, quam supra attigimus, dum de successione in re locata, quia scilicet hæres induit personam testatoris quoad omnia ipsius iura, & onera, ergo, sicuti ipse, si fuerit hæres locatoris, tenetur in contractu per ipsum celebrato persistere, si conductor seruet conditiones, ita poterit ipsum abijcere, & recedere à contractu, si non seruet.

3 Hęres inducit personā defuncti.

4 Ad secundam etiam asserendum est, non obstante appositione illius pænæ posse expellere. *Molina disp. 499. in princip., Aluarus Valascus de iure emphyt. q. 21. n. 4., Gregorius Lopez l. 6. tit. 8 part 5.*, hocque signantèr asserit Paulus iuris Consultus apud Molinam *loc. cit.* illis verbis. *Quoniam quamuis nihil expressum fuerit in pænali stipulatione de solutione pensionis, tamen verisimile esse ità conuenisse de non expellendo colono intra*

intra tempora præfinita, si pensionibus paruerit, & vt oportet, coleret, & ideò, si conductor, qui pensionem non soluit, pœnam exposcerit, repelli potest doli mali exceptione. Ratio ex eo deducitur, quia per illam stipulationem pœnalem nõ inducitur nouatio quoad præcedentes obligationes, seu actiones, tàm actiuas, quam passiuas, quæ consurgunt ex contractu, & ex dispositione iuris, ergo eadem non obstante, si conductor defecerit à solutione pensionum, poterit locator ipsum expellere. Consequentia tenet, quia actio, quam habet locator ad expellendum conductorem non soluentem pensionem, consurgit ex ipsa natura contractus. Antecedens verò probatur *ex l. vltim. C. de nouationibus*, vbi sic legitur *Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis, vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit; vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialitèr remiserint quidem priorem obligationem &c.*, & nonnullis interpositis statim subditur, *& generalitèr definimus voluntate solum esse, non lege nouandum.* Confirmatur, quia illa conuentio pœnalis de non expellendo non est sumenda absolutè, sed sub tacita conditione, si conductor adimplerit, quæ substantialitèr sunt adimplenda, ergo non obstante illa conuentione, si non adimplerit per solutionem pensionum, adhuc poterit locator expellere.

Per stipulationem pœnalem nõ inducitur nouatio.

Ad tertiam afferendum est, posse expellere, quantumuis stipulatio pœnalis fuerit iuramento firmata, *Molina d. disp. 499. in principio, Ognate d. tract. 35. disp. 128. sect. 2. nu. 68.* Rationem quidem congruam adducit *Molina loc. cit.* consistentem in eo, quod, sicuti illa promissio pœnalis adiecta contractui de non expellendo conductore intelligitur sub ea conditione, si pensionem soluerit, ita, & iuramentum cadens sub illa promissione intelligendum est sub illa conditione, si soluerit; non enim ad plura extendendum est iuramentum, quando aliter expressum non est, quam extendatur promissio *l. vlt. C. de non numerat. pecun.*, vndè benè subdit *Ognate loc. cit.*, quod iuramentum non superaddit nouam aliquam obligationem distinctam quid aliud faciendi, sed tantum existentem nouo titulo Religionis confirmet, & semper intelligitur cadere supra pacta adiecta contractui, non super aliquid aliud non adiectum.

Stipulatio pœnalis est cõditionata.

6 Ad quartam afferendum est, quod, si locatio fuerit ad quinquennium, & vltra, locator non possit expellere conductorem, nisi pro biennio non soluerit pensionem conuentam, si verò fuerit ad minus tempus, possit immediatè post moram expellere. *Siluester verb. locatio q. 9., Gomez 2. var. c. 3. nu. 13., Nauarrus c. 17. n. 193., Bonacina disp. 3. qu. 7. punct. 2. propos. 4. n. 9. vers. dixi, cui ad quinquennium.* Ratio primæ partis deducitur *ex l. quaro ff. locati*, vbi dicitur Seium posse expelli, additurque ratio in hæc verba. *Cum Seius conductor biennij continui pensionem non soluerit*, quod idem confirmat textus *in c. propter sterilitatem §. verum in fin. de locatione*, vbi dicitur *Vel cum canonem per biennium non soluißet*, & idem etiam colligitur *in l. cum domini ff. locati in fine.* Ibi *Tempus autem biennij in huiusmodi re debet obseruari*; Neque hic audiendi sunt aliqui explicantes huiusmodi textus de locatione ad longum tempus, puta ad decennium, & vltrà, inter quos *Panormitanus in cap. propter sterilitatem de locatione num. 10., Antonius Gomez 2. tom. var. resol. c. 3. num. 6.*, & alij apud *Molinam loc. cit.*; non, inquam, sunt audiendi, quia textus allegati procedunt de locatione propriè sumpta, cum alias causas assignent conuenientes tantum locationi, & non emphytheusi, ob quas conductor possit expelli; locatio autem vltrà decennium per allegata superius iura transit in naturam emphytheusis, in qua de iure ciuili requiritur, vt pensio non fuerit soluta per triennium, vt emphytheuta expelli possit à iure emphytheutico, de iure vero canonico, vt non fuerit persoluta per biennium addito etiam remedio ex benignitate Ecclesiastica celeris satisfactionis. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia in exigua temporis protractione, ad quod res locata conceditur, æquum non est, vt explicat *Glosa in dict. l. quaro littera X., & in d. l. cum Domini lit. F. ff. locati* vt locator in casu non solutionis pensionis differat expellere ad illud tempus, pro quo ex partium conuentione propè est dissolutio contractus; vndè iura allegata non videntur ad hoc extendi.

Iura euincentia assertum.

Ad quintam, afferendum est, actionem, quæ prouenit ex locato, non solum extendi ad complementum, si commodè potest adimpleri, & locator voluerit adimpleri, sed etiam ad dissolutionem eiusdem, si non fuerunt adimpleta adimplenda in fauorem eiusdem locatoris, vt allegata iura *in l. quæro, & in l. cum domini ff. locati, & c. cum sterilitatem de locatione* manifestè euincunt. Cum igitur hæ actiones potissimum sint in fauorem eiusdem locatoris, in ipsius optione esse videtur, quamcunque maluerit intentare, & in hoc consentiunt omnes DD. suprà allegati. 7

Actio est, vel ad cõplementũ vel ad dissolutionem.

8 Secunda causa est, si Dominus eget re

lo-

locata pro suis vsibus necessarijs. Circà quam causam multæ etiam insurgunt rationes dubitandi. Prima est, an ob hanc causam locator possit expellere conductorem, si res illa æquè sibi fuerit necessaria tempore celebrati contractus, ac sit necessaria pro tempore, quo intendit expellere. Secunda, qualis, & quanta debeat esse necessitas locatoris ad hunc effectum. Tertia, an locator ex propria necessitate possit expellere, quando in celebratione contractus promissionem fecit sub iuramento non expellendi ante tempus præfinitum. Quarta, an etiam possit expellere, quando in instrumento locationis apposita est specialis hypotheca rei locatæ in fauorem conductoris. Quinta, an possit, si in concessione dixerit locator, se non esse expulsurum etiam pro vsu proprio, & renuntiarit benefitio *l. de his C. de transact*, & per clausulam *omni legum auxilio*. Sexta, an ea, quæ dicuntur de locatore expellente, æquè intelligi debeant, siue agitur de prædio vrbano, siue de rustico. Septima, an ius locatoris expellendi limitari possit quandoque in ordine ad aliquas particulares personas, & quasnam. Octaua, an pro eo tempore, quo contingeret ex necessitate propria locatorem expellere conductorem, teneretur ille pensionem pro tempore futuro remittere. Singulas expendo in particulari.

Rationes dubitãdi circa hãc causam.

9 Ad primam dicendum est, quod, si eadem fuerit necessitas pro tempore concessionis, non possit vtique eadem perseuerante conductorem expellere, *Angelus in l. æde C. locati, Papiensis in forma libelli ad ficti præstationem in scholio inuestiuit n. 17., & Gomez de contractib. c. de loc., & cond. sub num. 6. circa medium, Ioannes Lupus in c. per vestras §. 9. n. 10. de donat. inter virum, & vxor., Rebuff. de except. num. 673., Molina disp. 499. vers. secundus euentus, Natta cons. 416. vol. 2.* Ratio ea est, quia, ex quo locator talem necessitatem non considerauit tempore contractus, nec considerare debet in continuatione eiusdem, siquidem ratio patens, quæ ipsum non mouit ad non contrahendum, nec sufficientèr, nec validè eum mouere potest ad resiliendum a contractu iam perfecto.

10 Ad secundam, asserendum est, non quancunque necessitatem sufficientem esse ad resiliendum, sed talis, ac tanta requiritur, vt secundum prudens iuditium sine re illa locator, sine graui damno, & incommodo non possit sibi, rebusque suis consulere. Ad clarius explicandam hanc necessitatem placet nonnullos casus adducere, in quibus non est sufficiens, & alios, secundum quos est sufficiens, & apta ad resiliendum. Sic

11 primò non est sufficiens necessitas, & causa resiliendi, si ex eo, quod Magnus Princeps cum magno Comitatu aduenire debeat ad Ciuitatem, in qua ipse locator domum suam locauit, intendat expellere, vt cariori locet pensione, *Angelus in dicta l. æde C. locati*. Secundò, neque est sufficiens, si ex eo, quod fiant spectacula in loco domus conductæ, intenderet eijcere ad effectum maioris lucri captandi, quia hoc tenderet in auaritiam, non in veram necessitatem, *Magon., Rota Lucan. 75. n. 8., Nauarrus in manuali præcept. 7. c. 17. n. 193.* Tertiò, neque maior commoditas eiusdem locatoris, quando non vrget necessitas. Sufficientes causas necessitatis plures enumerat *Molina d. disp. 499. vers. secundus euentus*, quas tu ibi recole. Nobis sufficiet aliquot enumerare. Prima esse potest, quando ex inopinato casu domus, in qua locator habitat, corruit, vel inhabilis redditur habitationi, nec aliam habet, in qua commodè possit habitare *Aluarus Valascus de iur. emphyth. quæst. 22. num. 3.* Secunda, quando in loco, vbi habitat, locator incipit habere hostes vicinos, à quibus sibi imminet vitæ periculum, nec aliundè habet, vbi commodè habitet. Tertia, quando vxorem duxit, quam tempore contractus non sperabat, & indiget propria domo ad habitandum cum vxore, & filijs, quod etiam aliqui extendunt, quando insperatè aliquem ex filijs matrimonio copularet, nec haberet, vbi cum illis commodè inhabitaret, nisi in domo propria locata, *Couaruuias de pract. qq. c. 30. n. 3. §. penultim.* Hic controuertunt aliqui, an hæc necessitas habitandi propriam domum restringatur solummodò ad necessitatem propriam, & filiorum, an etiam ad aliarum personarum sanguine coniunctarum, quando scilicet non esset necessaria pro se, & filijs, esset tamen necessaria, si simul cum eisdem coniunctim sumeretur. Probabilius est, non extendi vltrà casum propriæ necessitatis, & filiorum. Ratio est, quia, cum hoc priuilegium sit odiosum comparatione conductoris, qui ex vi contractus ius habet inhabitandi in domo v.g. conducta, non est extendendũ, plusquam concessum reperiatur. Exciperem tamen in casu, quo idem locator, vtpotè principalis administrator bona haberet indiuisa cum eisdem coniunctis, & ipsorum haberet administrationem, si enim tunc vel ipse, vel ipsius filius duceret vxorem, itavt domus, in qua habitant, non esset sufficiens, tunc etenim crederem, posse etiam habito respectu ad eosdem coniunctos, & considerata necessitate etiam in ordine ad ipsos coniunctim, conductorem expellere, quia tunc verè esset necessitas; non enim tunc teneretur bona indiuisa diuidere, nec coniunctos separare. Reliqua tu vide apud eundem *Molinam loco citato*.

Non est sufficiens occasio acquirẽdi maius lucrum.

Nec maior commoditas locatoris.

Est sufficiens ratio, si domus, in qua habitat locator, decidat, neo aliam habeat, quam incolat.

Item, si habeat hostes vicinos.

Item, si vxorem ducat, & propria non sit sufficiens.

Item, si propria non sit sufficiens pro propria habitatione & filiorũ.

12 Ad tertiam dicendum est, posse expellere,

lere, quantumuis in celebratione contractus promiserit non expellere sub iuramento ante præfinitum tempus. *Arnal. de Ferron. in consuet. Burdegulens. tit.3. §. 2.*, *Coaruuias var. resol. lib.2.cap.15.num.4.in Iacobin.Riminald.cons.613.*, *Gregorius Lopez l.6. tit.8.part. 5.*, quidquid in contrarium obstrepent *Angelus in d. l. ade C. de locato*, *Deci. in cap. quæ in Ecclesiarum col. fin. limit. 2. de constitut.*, *Natta cons.481.n.19.*, *Felin. cons. 43. num.3.*, *Bonacoss. tract. caut. l. C. fol.* 10. Ratio ex eo deducitur, quia illa promissio sub iuramento non intelligitur extendi ad casus in iure exceptos, quando eorum non fit expressio; neque obesse potest, si asseratur, quod illud pactum cum iuramento non debet esse frustratorium, sed debeat aliquid operari; nihil autem operaretur, si non haberet vim in casu præsentis hypothesis; non, inquam, obesse potest, quia illud pactum sub iuramento intelligendum est dumtaxat in casibus in iure expresse non exceptis, sicque solum dicendum est operari in casibus dubijs, & prouenientibus ex sola libertate locatoris; Neque in hoc audiendi sunt, qui dicunt, solum conductorem expelli posse, quando conductor est in culpa, atque adeo quando ex sua parte non stat contractui non soluendo pensionem, vel deteriorando rem locatam; Non, inquam, audiendi sunt, quia, vt videbimus in sequenti causa, in qua, dum domus incipit minari ruinam sine culpa conductoris, locator potest ipsum expellere, & tamen conductor non est in culpa &c.

Iuramentum non extenditur ad casus in iure exceptos.

13 Ad quartam, dicendum est, quod quantumuis in celebratione contractus fuerit apposita specialis hypotheca in re locata in fauorem conductoris, nihilominus superueniente necessitate locatori hic possit eundem conductorem expellere. *Natta cons.25. vol.1.*, *Coarnuias 2. var. resol. c.15. num 4.*, *Aluarus Valascus de iure emphyth. qu.22. n.4.*, *Molina d.disp.499.vers.quamuis res locata*. Ratio autem ea est, quia non minus hypotheca, quam iuramentum non extenditur ad casus in iure exceptos, nisi de ipsis fiat expressio.

14 Ad quintam, dicendum est, si facta fuerit renuntiatio expressa, & in indiuiduo, & in instrumento locationis dicatur, quod ipse locator fuit certioratus de facultate, & dispositione *d. l. ade*, superueniente necessitate locatori probabilius est, hunc non posse conductorem expellere; immò, nec si facta fuerit renuntiatio in genere, nullaque facta certioratio talis dispositionis, & facultatis legalis. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod illud ius inductum est in fauorem solummodò locatoris, sed vnusquisque potest cedere iuri in sui fauorem inducto, ergo, si locator cesserit illi iuri, non poterit amplius ipsius benefitio gaudere, adeoque &c. Ratio secundæ partis etiam ex eo liquet, quia eo ipso, quod renuntiat cuicunque remedio sibi à iure concesso videtur se obligare ad perseuerandum in locatione, nec velle eidem cedere, quantumuis eueniente quocunq; casu iura permittant, non perseuerare, ad quod satis est, quod renuntiatio, vel fiat in genere, vel fiat in specie, cum solum dicat, quod velit perseuerare in contractu non obstante quacunque iuris dispositione aliter permittente.

Vnusquisque validè cedit iuri in sui solū fauorem inducto.

15 Ad sextam dicendum est, dispositionem iuris *in d.l. ade ff. locati*, extendi dumtaxat ad domos, & prædia vrbana, non autem ad fundos, & prædia rustica *Molina d.disp. 499. vers. sunt verò circa quatuor euentus*, *Ognate tract.35.de locatione disp. 128.sect.3. num. 73.*, *Bonacina disp. 3. quæst. 7. punct. 2. n.12.*, *Gomezius de contract. inc.de locato, & cond.num.6. in fin.*, *Carocius de loc., & cond. part. 4. tit. causa recusationis quatuor qu. 2. n.35.* Rationem cōmunitèr ex eo deducunt, quod illa dispositio legalis *in d. l. ade*, est quoddam priuilegium iuris positiui, quod per consequens, vtpotè stricti iuris non est extendendum vltrà expressa; textus autem ibi solum loquitur de domibus, adeoq; &c.

Est priuilegium iuris positiui.

16 Ad septimam, *Ripa in l.1. nu.vlt.ff.solut. matrim.*, *Bolognet. in auth.habita in fin. C.ne filius pro patre*, *Rebuffus de priuilegijs scholarium priuilegio 8.*, *Duen.reg. 213. num. 1.* locatorem asserunt non obstante necessitate rei locatæ, seu domus locatæ in ordine ad proprios vsus non posse scholares ab illa expellere, vt propriæ consulat necessitati, & hoc ob priuilegium status scholastici, sed quidquid sit de hoc priuilegio iam contraria consuetudine vbique ferè terrarum videtur abolitum, nec alicubi vidi ipsum receptum.

Ob priuilegium status scholastici.

17 Ad octauam, dicendum est, teneri locatorem pro eo tempore, quo antecedenter ad cōuenta ad consulendum propriæ necessitati expulit conductorem, pensionem pro rata remittere, & in hoc omnes consentiunt, atque expresse habetur *in c. propter sterilitatem §. verum de locat.*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem æquum non est, vt quis onera sustineat pro re, qua sine ipsius culpa vti non potest per ea, quæ superius sparsim dicta sunt.

Non tenetur subire incommodum, vbi nō sentit commodum.

18 Tertia causa est, si res locata egeat refectione. Hoc expresse habetur *in d.l. ade C.de locato cap. propter sterilitatem §. verum eod.tit.*, *Gregorius Lopez lib.6. tit.8. part.5.*, *Molina disp.499. vers. tertius*, *Antonius Gomez 2. var.c.3.num.5.*, *Bonacina disp.3 qu.7. punct.vlt.num.13.*, *Tuscus concl.417.*, *Ognate tract.35.de locatione disp.128.sect.3.nu.74.*, nec in hoc potest esse aliqua ratio controuersiæ. Hic solum controuertendum

remanet primò, ad quem pertineat onus refectionis. Secundò, quo remedio vti debeat locator, quando inquilinus nolit permittere locatori domum locatam reficere. Tertiò, an refecta domo teneatur locator eam concedere in totum tempus, quod superest ad tempus, quo conductor domum conduxit.

19 Ad primum dicendum est, spectare ad locatorem. Expresse habetur in hac *l. æde ff. locati*, vbi dicitur, quod ex hac causa possit locator expellere conductorem, hancque opinionem tenuit *Glosa in l. ex conducto in verb. reficitur ff. locati*, & ex superiùs dictis constat ex hoc competere actionem ex conducto, vt domus reficiatur *Bartol. in l. cum in plures in princip. ff. locati*, *Alexander cons. 190. in princip. vol. 2.*, *Veron. in tit. de refect. qu. 10.*

Impediēs refectionē turbat possessione.

Ad secundum dicendum est, locatorem
20 posse vti interdicto, vti possidetis iuxtà textum *in l. si duo §. cum inquilinus ff. vti possidetis*, ibique redditur ratio, quia impediens reficere, dicitur possessionem turbare, *Iacobus Menochius de retin. possess. remed. 3. qu. 29. n. 237.*

Ad tertium dicendum est, locatorem re-
21 fecta domo teneri ad permittendum, vt inquilinus redeat ad pristinam cōductionem pro tempore, pro quo conduxit *Glosa, & Bartolus in l. si duo §. cum inquilinus, ff. vti possidetis*, *Carocius part. 4. tit. causa recusationis quatuor q. 6.* Pro cuius clara explicatione duo alia occurrunt dubia; primum est an illud tempus, quo conductor domo vsus non est, sit computandum, adeo vt sit prorogandum vltra tempus conuentum illud, quod insumptum est in refectione. Secundum, an refecta domo teneatur ipse conductor pro tempore subsequenti perseue-
22 rare in locatione. Ad primum asserendum existimo, computandum esse, vel non esse ad optionem conductoris. Ratio est, quia illud tempus, quo conductor non est vsus domo reficienda, demptum est in fauorem locatoris sine culpa ipsius, ergo ipse conductor potest velle, quod vel tempus illud refectionis per aliud tempus sibi compensetur, vel quod pro illo tempore sibi remittatur de solita pensione, & conuenta. Ad secundum asserendum est etiam, quod in optione sit eiusdem conductoris, vel continuare, vel cessare ab eadem conductione, *Acurtius in d. l. si duo §. cum inquilinus, ff. vti possidetis*, *Carocius tract. de locat., & conduct. part 4. tit. causa recusationis quatuor qu. 6. num. 2.*, *Bonacina d. disp. 3. q 7. punct. 2. proposit. 4. nu. 13. vers. verum facta reparatione*. Ratio est, quia nullo iure ex vna parte tenetur conductor ad domum iterum recipiendam; ex alia durante tempore conductionis, & cessante ratione, ob quam locator conductorem expulit, viget ius ipsius conductoris; Neque obesse potest, si asseratur, actiones actiuas, & passiuas debere sibi correspondere, adeoque si conductor ius habet refecta domo recedendi, debere idem ius vigere in locatore ipsum expellendi; Non, inquam, obesse potest, quia ratio, ob quam conductor pro illo tempore expellitur, non est ex causa conductoris, sed in fauorem locatoris, adeoque ius potius confert conductori, quam locatori.

Tempus illud fuit insumptū in fauorē conductoris.

Non sibi correspōdent actiones actiuæ, & passiuæ, quod ex vnius causa prouenit defectus.

Quarta causa est, si conductor abutatur re locata, quod multipliciter potest con- 23
tingere, vel quando rem locatam deteriorem reddit, vel quando in eadem postribulum inducit, vel alia ratione cum scandalo vtitur. *Nauarrus cap. 17. num. 194.*, *Rebellus lib. 14. qu. 10. num. 11.*, *Lessius de locat. lib. 2. cap. 24. dub. 7. nu. 34. vers. quarta est*, *Bonacina d. disp 3. qu 7. punct. 2. proposit 4. n. 11.*, *Tuscus tom 5. conclus. 416.* Ex ijs deducitur primò, quod colonus, vel conductor incidens arbores fructiferas possit expelli *l. in fraudem §. conductor ff. de iure fisc.* textus *in l. si merces §. culpa ff. locati*, *Albericus in l. 1. nu. 6. de iur. emphyth.*, *Angelus in l. si colonus ff. arbor. furtim cæs.* Secundò, quod etiam possit expelli, si deterioret in vna tantum parte rei conductæ, *Baldus in l. æde col. penult. vol. 1.*, *Rolandus cons. 49. num. 15. vol. 2.*, *Iacobus Menochius cons 79.*, *Natta cons. 481. nu. 21. vol. 3.* Tertiò, quod etiam possit expelli, si colligat fructus immaturos ob intempestiuam culturam, ex qua fundus deterior fiat *l. si merces §. conductor ff. locati*, vel fructus sequentis anni corrumpantur *l. hæc distinctio §. 1. ff. locati*. Quartò, quod possit expelli, si domum personæ honestæ non existentem apud lupanaria tradat meretricibus inhabitandam *l. cum super C. de remiss. lib. 12.*, *Benincas. de act. § actionum num. 52.*, *Deci. in l. semper in contractibus ff. de reg. iur.*, *Ioannes Lupus in c. per vestras § 21. num. 9.* Quintò, quando conductor exerceret in domo conducta officium, seu artem prohibitam, *Glosa in c. 1. in verb. ad fœnus de vsuris lib. 6.*, adeò vt locator sciens patiendo esset punibilis.

Colonus incidens arbores fructiferas potest expelli.

Si deterioret rē conductā in vna parte tantum.

Assertio II. Conductor etiam ob nonnul-
las causas potest recedere à locatione ante 24
tempus conuentum contrà voluntatem Domini *Panormitanus in cap. propter sterilitatem §. verum de locat.* *Glos. in l. si in lege §. si domus ff. locati*, *Tabiena verb. locatio n. 12.* Hæc assertio remissiuè deduci potest ex superius dictis; nihilominus maioris claritatis gratia, nonnullas deducam causas, ob quas conductor potest recedere. Prima est, si ob ingruentem pestem non possit inquilinus domum conductam incolere *l. habitatores ff. locati*, hæc etenim est sufficiens necessitas, & sic in conscientia seruandum esse asserit *Tabiena loc. cit.* Secundò, si ob superuenientes hostes grauātes impediatur ab vsu, Tertiò in quocunque casu, quo sine

sua

ſua culpa prohibetur ab vſu &c. Reliqua tu his ſimilia remiſſiuè ex ſuperiùs dictis deduces.

25 Aſſertio III. Etiam conductor poteſt recedere à locatione, quando ex vi, dolo, & iniuria tertiæ perſonæ, quæ locator non poteſt impedire, prohibetur vſu rei conductæ, dummodò vis, dolus, & iniuria non proueniant ex cauſa eiuſdem conductoris.

Ratio ex eo deducitur, quia conductor, ſeu inquilinus non tenetur onera conductionis ſufferre, quando ſine ſua culpa non poteſt gaudere vſu rei conductæ, ſed in data hypotheſi gaudere non poſſet ſine ſua culpa, ergo &c. Confirmatur, quia ex culpa leuiſſima non obligatur conductor verſus locatorem per ſuperiùs notata, ergo multo minus ex caſibus fortuitis non procedentibus ex ipſius culpa, ſed vis, dolus, & iniuria alterius computantur reſpectu conductoris inter caſus fortuitos, ergo &c. Confirmatur ſecundò, quia ſi res conducta ex caſu fortuito pereat ſine culpa conductoris, ceſſat omninò locatio, nec conductor ad aliquid tenetur verſus locatorem, ergo etiam, ſi ex ſuperueniente vi, dolo, & iniuria alterius non poſſit gaudere re conducta, ceſſabit conductio quantum ad exemptionem oneris ſoluendi penſionem. Conſequentia probatur, quia quod res locata ex caſu inopinato pereat, vel quod conductor ea vti non poſſit ſine ſua culpa paria ſunt quoad effectum locationis, ergo &c.

Rationes ob quas poteſt recedere.

DISQVISITIONES I.

A prima ad ſextam prænotionem incluſiuè.

§. I.

De locatione obſcura.

SVMMARIVM.

Status controuerſiæ, & quid veniat nomine locationis obſcuræ. 1.
Animalia extracta ad paſcua veniunt ſub locatione omnium bonorum. 2.
Nonnulla corrolaria ad prædicta. 3.
In ea hypotheſi conductor pro illis non tenetur ſoluere penſionem, niſi pro tempore, quo fuerint reducta ad ouile. 4.
Nec perciperet fructus, niſi perſolueret pretiū pro paſcuis, cuſtodia, & reductione. Ibid.

1 Diſquiſitio I. Fabius ære grauatus locauit Titio omnia ſua bona mobilia, & immobilia, & ſe mouentia pro certa mercede inter ipſos conuenta. Tempore locationis quædam animalia propria eiuſdem Fabij erant in exteris regionibus ad paſcua, vt vulgò dicitur *à ſuernare*, vt pro tempore minus frigido reducerentur ad hoſpicia eiuſdem Fabij. Hic nonnullæ ſuboriuntur difficultates examinandæ. Prima eſt, an huiuſmodi animalia pro tempore locationis abſentia cadant ſub contractu omnium bonorum tàm mobilium, quàm immobilium inito cum eodem Titio. Secunda ex ſuppoſitione, quod veniant ſub illo contractu, an per Titium ſoluenda ſit penſio pro illis pro toto tempore, an verò ſolummodò pro tempore, quo fuerunt reducta ad ouile eiuſdem Fabii, & an in hac hypotheſi, ſi illa animalia ante tempus reductionis fructificarint, fructificarint Fabio, an eidem Titio.

Status controuerſiæ, & rationes dubitãdi.

Reſpondeo primò ad primum, etiam illa animalia extracta cadere ſub contractu inito cum eodem Titio, eidemque poſt reductionem eſſe tradenda. *Carocius part. 1. de locato, & conduct. tit. de locatione obſcura q. 7. num. 1., & ſeqq., Albericus in l. ſi Titius ff. de ſeru. export.* Facit ad hoc maximè textus *in l. huiuſmodi §. legatum ff. de legat. 1. l. inter ſtipulantem §. Sacram ff. de verb. oblig. l. nihil ff. de capt., & poſt lim. reuerſ.* Ratio autem huius aſſertionis ea eſt, quia qui omnia ſua ſiue mobilia, ſiue immobilia locat, nihil ex ijs, quæ ſua ſunt, excludit *Bartolus in l. à procuratore C. mandati, & in l. ſi à pluribus in princip. ff. de legat. 3.*, ſed Fabius omnia ſua bona in data ſuppoſitione locauit, & illa animalia abſentia erant propriè ſub ipſius dominio, ergo &c. Neque obeſſe poteſt ea ratio, quod illa animalia pro tempore locationis eſſent extracta, & abſentia; non, inquam, obeſſe poteſt, tum quia etiam quoad abſentia poteſt eſſe locatio, & eo ipſo, quod omnia fuerint locata, ſufficientèr eſt expreſſus conſenſus quoad illa, quæ ſunt ſub dominio locantis, tum quia ex eo, quod habeat locator animum reuocandi, nec hactenus diſtraxerit, præſumitur in locatione omnium, quæ habet, ea etiam locaſſe, cum ſint inter bona propria ipſius. 2

Qui omne dicit nihil excludit.

Abſentia poſſunt locari.

Hinc in particulari deducit textus *in l. huiuſmodi §. legatum, ff. de legatis primo*, quod, ſi quis habeat animalia in alijs locis *à ſuernare*, & ex illis ibi naſcantur fœtus, debeantur decimæ Plebano, quantumuis extrà illum locum nati fuerint, dummodò dominus animum habuerit illa ad propriū ouile reuocandi. Secundò inferunt *Caſtrenſis in l. 1. C. de verb. ſignific. Iaſon in l. quæſitum §. fin. ff. de legat. 3.*, quod, ſi locator miſerit aliquas maſſaritias, quas aſſueuerat domi, quam modo locat cum omnibus, quæ in ea eſſe ſolent, detinere, miſerit, inquam, in villam pro negotijs æſtiuis animo eas reducendi in Ciuitatem, teneatur eaſdem tradere conductori; parum enim refert, 3

Ex fœtibus, qui naſcūtur ex gregibus alibi exiſtentibus *à ſuernar* debentur decimæ

quod

quod tempore locationis fuerint absentes, cum sint ex illis rebus, quæ assolent in illa domo locata detineri, & quod modo in ea non sint, omninò per accidens est.

4 Duplex suppositio, & explanatio vtriusque.

Respondeo secundò, probabilius esse, si aliud non conuenerit, non teneri conductorem soluere pensionem, nisi pro tempore, pro quo animalia illa fuerint reducta ad ouile Fabij, & tradita eidem Titio conductori, nisi fortassis ipse conductor velit persoluere omnes expensas factas in custodia, pascuis, alijsque pertinentibus ad eadem animalia à die celebrati contractus. In prima suppositione, qua conductor, non persolueret pensionem, nisi pro tempore, quo sibi essent tradita illa animalia, si hæc ante traditionem fructificarint, fructificasse dicenda sunt Fabio, non conductori. In secunda suppositione, qua conductor persolueret pensiones, & omnia onera à die celebrati contractus, si animalia illa fructificarint post contractum celebratum, & ante traditionem, conductori fructificasse asserenda sunt.

Dum non sentit cõmodum, neç sentire debet incommodum.

Ratio primæ partis est, quia, sicuti non nudis pactis, & promissionibus dominia rerum transferuntur, sed tantum traditionibus, & vsucapionibus, vt sunt vulgatissima iura, ita nonnisi traditionibus vsus rei locatæ transfertur, adeoque pro eo tempore, quo res ad vsum nondum est tradita, non acquisiuit conductor ius in re ad illum vsum, sicque non est, cur obligetur pro illo tempore ad soluendum pensionem. Rursus æquum non est, vt pro illo tempore, quo non sentit commoda rei, sentiat incommoda eiusdem in solutione pensionis; Ex quibus etiam sequitur, quod, si pro illo tempore non habet onus pensionis, non debeat etiam gaudere fructibus eorundem animalium, si quos pro illo tempore dederint; vndè etiam dictum fuit in præcedentibus, quod conductor non tenetur pro illo tempore, quo sine sua culpa prohibitus est vti re locata, soluere mercedem pro illa.

Instantia contra responsionem, eiusque solutio.

Dices eo ipso, quod per plenum vtriusque consensum initus est contractus quoad omnia bona locatoris tam mobilia, & se mouentia, quam immobilia consurgit actio ex conducto ad omnia per ea, quæ fusè superiùs sunt probata, ergo etiam conductori concedenda est actio ad ea omnia, quæ consequuntur ex tali contractu, quæque conductor consequi non potuit ex culpa, seu non traditione locatoris, sicque ad fructus eorundem animalium. Sed contrà hæc ad summum verificantur in suppositione; quod ipse conductor velit stare omnibus oneribus à tempore celebrati contractus, non enim, vt asserebam, congruum est, vt commoda locationis sentiat sine oneribus, prout mox subdo.

Ratio secundæ partis ea est, quam modo in instantia attingebam, quia scilicet celebrato contractu secundum substantialia consurgit actio in fauorem vtriusque ad complementum eorum, quæ ceciderunt sub contractu, sed in hypothesi, de qua loquimur, omnia bona tam mobilia, quam immobilia, & etiam se mouentia venerunt sub contractu, ergo ad illa omnia, & ad ea, quæ consequuntur ex ipsis concedenda est actio in fauorem conductoris ex conducto; Neque dicas, quod pro eo tempore antecedenti contractus quoad illa animalia extracta, seu absentia ex neutra parte fuerit completus, adeoque quod quoad illa ex neutra parte consurgat actio; contra enim impugnaberis, quia quod contractus non fuerit completus ex parte conductoris non prouenit ex culpa eiusdem, sed ex non traditione locatoris, adeoque aduersus ipsum concedenda est actio ad complementum potissimum, si conductor paratus sit ad omnia onera pro illo tempore, quo animalia ipsi non fuerunt tradita.

Conceditur actio conductori ad complementum

---

§. II.

An consueta, quæ sunt præter naturam contractus, intelligantur apposita in speciali contractu, si de illis nihil fuerit expresè dictum.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & varij articuli examinandi. 1.

Stante consuetudine completa, & per nullum actum contrarium sublata in celebratione locationis intelligitur apposita hypotheca, quamuis de illa nihil expresè fuerit dictum. 2.

Si consuetudo fuerit dumtaxat in fieri, & non completa tollitur per vnum actum contrarium, nec hypotheca in contractu intelligitur apposita. 3.

Consuetudo in facto, & plenè completa non tollitur per vnum actum contrarium, quantumuis hic fuerit vltimus. 4.

1 Disquisitio II. Extante in quadam regione consuetudine, vt in contractu locationis, & conductionis apponatur hypotheca bonorum, contraxerunt ad inuicem Caius, & Theodoricus, ille erogando titulo locationis quædam sua bona immobilia, iste conueniendo de certa mercede pro illis, nihilque expresè dixerunt de consueta hypotheca bonorum; pro qua vlterius sciendum est, quod in tali regione nonnulli contractus aduersus talem consuetudinem quoad talem hypothecam fue-

Rationes dubitandi circà quæsitum

runt celebrati. Hic iam insurgunt nonnulli articuli examinandi. Primus erit, an in suppositione, quod talis consuetudo fuerit completa, & ex omni parte consummata, intelligatur illa hypotheca apposita, quantumuis expressè de ipsa nihil fuerit dictum. Secundus ex suppositione, quod consuetudo nondum fuerit completa, sed sit dumtaxat, vt ita dicam in fieri, an adhuc intelligatur in tali speciali contractu apposita. Tertius, an siue talis consuetudo sit in facto esse, & completa, siue in fieri, & incohata, adhuc vigeat, si aliqui actus contrarij facti fuerint, & quot actus requirantur ad tollendam illam consuetudinem, & an sufficiat vnus vltimus contrarius.

2 Respondeo primò, extante consuetudine completa, & per nullum actum contrarium sublata in celebratione specialis contractus locationis, & conductionis intelligitur implicitè hypotheca apposita, quantumuis de illa nihil fuerit expressè dictum. *Baldus in l. benè à Zenone col. fin. C. de quad. præscript.*, *& in l. 1. col. penult. in fin. ff. solut. matrim.*, *Capic. deci. 159.*, *Afflictus super constit. fol. 158. in rub. de salario iud. n. 13.*, *Ruinus cons. 132 col. penult. vol. 5.*, *Decius in l. semper in stipulationibus n. 14. ff. de reg. iur.*

Inter partes id cõuentum censetur, quod est consuetũ.

Ratio responsionis ea est, quia inter partes id conuentum censetur, quod est consuetum *l. domini horreorum*, *& ibi Iason C. de agric.*, *& cens. lib. 11. l. excepto in glos. fin. C. locati*, & ibi illam glosam, vti singularem commendant *Paulus Castrensis in l. 1. §. si quis seruum num. 14 ff. depositi*, *Iason in l. certi condictio §. si nummos num. 11. ff. si cert. pet.*, ergo, si consuetudo vigeat plenè probata, & non retractata, vt contractui locationis, & conductionis insit hypotheca bonorum, quantumuis de hoc nihil fuerit actum, intelligenda erit huiusmodi hypotheca tali contractui inesse.

Ratio secundò esse potest, quia, si statuto cautum sit, quod hypotheca insit contractui locationis, & conductionis, etiam si de ea nihil expressè fuerit actum eadem implicitè inest eidem contractui, quod exemplificari potest in contractu cambij, cui cum ex Statuto Mediol. *lib. 5. tit. de officio, Abbatum, & Consulis Mercatorum vers. quotiescunque requisitis in fin. illis verb. eo amplius sancitum est*, inest hypotheca, ergo etiam si consuetudine inductum sit, vt eidem contractui insit hypotheca, eadem censenda est inesse, quantumuis de ea nihil in celebratione contractus fuerit expressum. Consequentia probatur, quia consuetudo quoad hunc effectum æquiualet statuto *l. Magistratus ff. ad municip. l. semper ff. de iur. immunit. §. ex non scripto*, *& §. constat Instit. de iur. nat.*, *Baldus in tract. de gabell. qu. 2.*, *& in l. omnes populi 2. col. ff. de iust.*, *& iur. cap. cum dilectus de consuet.*, *Cardin. in clem. 1. de vsuris*. Accedit primò, quod consuetudo in contractibus tacitè inest, & stipulata censetur *Baldus in l. fin. 3 col. C. de success. edict. per quod si nolit*, *§ qui assidui ff. de adil. edict.*, *& in l. 1 qu. 5. C. pro so io per l. licet C. de locato*, *not. in l. semper in stipulationibus*, *& ibi Bartolus*, *Abbas in cap. cum M. prima col. de constit.*, vnde semper in dubio est seruanda *l. quod si nolit §. qui assidua ff. de adil. edict. not. in l. circa C. de locato*, *& in l. illud in princip. ff. de excusat. tut.* Accedit secundò, quod consuetudo de eo, quod per pactum disponi potest, valet, & obligat *Glos. sing. in rub. C. de decr. decur. lib. 10 secundum Ioannem de Imol. in l. alia*, *§. elegantèr in 1. col. in fin. ff. solut. matrim.*, sed per pactum in contractu locationis, & conductionis potest induci hypotheca, hæc etenim non repugnat substantiæ contractus, vt per se patet, ergo &c.

Consuetudo tacitè inest contractibus.

Confuetudo quoad effectum æquiualet statuto.

3 Respondeo secundò, si consuetudo fuerit dumtaxat in fieri, & non completa tollitur per vnicum actum contrarium, nec hypotheca in contractu immediatè subsequenti intelligitur inesse. *Rocch. de consuet. in cap. fin qu. 10 concl. 1.*, *Corn. cons. 225. in fin. vol. 4.*, *Deci. cons. 8 col 3*, *& cons. 215 col. 2.*, *Roland. cons. 87. num. 53. vol. 2.*

Quæ non sunt in suo esse completo faciliùs deficiunt

Ratio autem huius responsionis ea esse potest, quia quando actus nondum est completus quoad consuetudinem, non indiget contraria consuetudine, vt abrogetur, non enim est necessarium quid magis ad destructionem, quam ad constitutionem, quinimmò, dum est in motu, potest per quodcunque oppositum retardari à suo esse completo, & in hoc sensu verificatur, quod vltima derogent prioribus, quia quando illa non sunt in suo esse completa, facilius deficiunt, & in hoc consentiunt *Innocentius in c. accedentibus de priuileg.*, *Baldus in c. 1. §. notandum in fin. de his, qui feud. dar. possunt*, *& in l. 1. vers. pone*, *& in l. 2. num 5. C. quæ sit longa consuetudo*, *Hostiensis in cap. ad audientiam in gl. 2. de Cler. non resid.*, *Felinus in c. cum accessissent n. 30 limit. 7. de constit*, *Abbas in cons. 94. lib. 1. in fin.*, *Alexander in l. 2. in fin. nu. 31 ff. solut. matrim.* per textum ab omnibus celebratum *in l. fin. C. de seruit.*, *& acqu.*

Monitio Carocij.

Monet tamen hinc *Carocius tract. de loc. & conduct. part. 1. de locat. obscura qu. 7. nu. 8.*, quod ad hoc, vt actus vltimus tollat consuetudinem in fieri, necesse sit, vt fiat à maiori parte populi, secus si fiat a duobus tantum, vel tribus iuxtà mentem *Bartoli in l. de quibus in 2. quæst. principali vers. iuxtà prædicta de leg.*, quod tamen in rigore posset pati aliquam difficultatem.

Hypotheca per consuetudinem nõ inducitur vbi consuetudo est sublata.

Ex iis deducitur secunda pars responsionis, quia, si per vltimum actum contrarium consuetudo abrogatur, dum est in fieri, per consequens sequitur, quod hæc vigere non possit in actibus subsequentibus, quod enim

semel

semel extinctum est, non potest amplius reuiuiscere, nisi per eos actus renouetur, per quos primo fuerat constitutum.

Respondeo tertiò, si consuetudo fuerit in facto, & plenè completa non tollitur per vnum actum contrarium, quantumuis vltimum, sed tolli debet eo modo, quo fuit inducta, & sic per aliam cõtrariam consuetudinem, qua non extante videtur prima vigere, & implicitè inesse in actibus subsequentibus, *Glosa in l. nemo §. temporalis ff. de reg. iur.*, *Abbas in cap. fin. de consuetudine col. 3.*, *& ibi Butrius col. 3. vers. sed est dubium Aret. cons. 23. in fin.* asserens idem tempus requiri ad tollendum, quod interuenit ad inducendum, & complendum *Bartolus in l. de quibus n. 25. vbi Iason n. 79. ff. de leg.* Ratio deducitur ex generali regula, qua dicitur, quod consuetudo non rumpitur, nisi per actus contrarios *Glosa in l. nemo §. temporalis ff. de reg. iur.*, *Paulus de Castro in l. cum consuetudo ff. de leg.*, non per vnicum actum contrarium *Bald. in l. 1. in 1. col. in vers. ibi frequentèr iuncto verbo iudic.*, *& in l. 2. vlt. col. vers. deindè quærit glosa, quæ sit longa consuetudo ff. de consuet.*, vndè *Abbas in cap. pro illorum de præbend.* asserit, quod non per vnicum contrarium factum sciente populo, nisi accedat tantum tempus, quanto fuit inducta consuetudo *arg. c. 1. de reg. iur. in 6.*, sicuti igitur consuetudo generatur ex actibus adminiculo temporis concurrente, & non sine cursu debiti temporis, etiam si actus essent valde frequentati *Baldus in l. 1. col. p. n. vers. idem in consuetudine C. de furt.*, non autem per plures actus, & diu factos secundum *Bartol. in l. de quibus in 6. col. in princip. vers. quæro, quod si eadem die ff. de leg.* ita consuetudo non tollitur, nisi per plures actus accedente tanto temporis, quanto fuit inducta consuetudo.

Consuetudo non tollitur, nisi per plures actus.

---

§. III.

Quænam veniant in locatione domus, & eorum, quæ in ipsa continentur.

SVMMARIVM.

Refertur status disquisitionis. 1.

Veniunt, quæ sunt in domo perpetui vsus causa, non quæ ad tempus. 2.

Veniunt sub tali locatione bona locatoris, licet per accidens ibi non existentia, quæ ibi ad vsum esse sunt solita, & fuerunt distracta animo reducendi. 3.

Veniunt omnia ibi contenta, quantumuis in locatione fuerint indefinitè apposita. 4.

1 DIsquisitio III. Titius peregrè profecturus ex sua patria negotiationis causa ad remotas regiones locauit Sempronio domum suam cum omnibus, quæ in ea sunt, vel esse solent sub his terminis *gli appigiona per cinque anni la sua casa con ciò, che v' è dentro.* Hic controuertendum remanet, quænam existentia in tali domo, vel non existentia in ipsa veniant in tali locatione.

Respondeo primò, ea venire, quæ sunt in domo perpetui vsus causa, non quæ ad tempus, *Bartolus, & Alberic. in l. qui saltem verb. solet ff. de legat. 3.*, *Dinus in l. si fundum ff. eod.* Ratio huius responsionis ex eo deducitur, quia in generali concessione domus, & eorum, quæ in ipsa continentur, non veniunt ea, quæ ex præsumpta voluntate domini sunt ordinata ad alium vsum, nec existunt in illa domo, vt ibi sint, sed vt alio distrahantur, sed quæ in domo sunt ad tempus, non ibi existunt, vt ibi sint, sed ordinata videntur, vt alio distrahantur, ergo &c. 2

Quæ sunt ad tempus videntur ordinata ad aliũ vsum

Hic in particulari deduces primò, quod in tali locatione non veniat pecunia ibi existens gratia fænerandi, *Bartolus in l. generali §. vxori in 2. respons. ff. de vsufruct. leg. Baldus in rub. qu. 4. C. de verb. significat.*, qua propterea non potest, vti conductor in proprios vsus. Secundò, nec veniant panni venales, aliaque venalia, *Bartolus in lege Dinus ff. de bonis damn.* Tertiò, nec veniunt prohibita *l. fundus, qui locatas ff. de fund. instruct.* Quod, si tamen supponas, quod in domo locata simul cum omnibus in ea existentibus non sint, nisi prohibita, vel ad tempus parata, tunc existimat *Carocius tractat. de locat. & conduct. part. 1. sub tit. de locatione incerta qu. 6. n. 2.*, etiam hæc venire in tali locatione, rationemque reddit, ne scilicet actus sit inutilis per textum *in d. l. fundus, qui locatus ff. de fund. instruct.*

Nõ venit pecunia.

Nec venalia.

Nec prohibita.

Veniunt autem sub tali contractu equi ad vsum destinati non venales *Castrensis in l. seruos §. fin. de legat. 3.*, *Bartolus in l. cum tabernam ff. de pign.*, *Baldus in l. vbi adhuc C. de iur. dot.*, *Alexander in l. si contenta ff. solut. matrim.* Item serui, & mancipia, qui, seu quæ domino inseruiebant *Castrens. loc. cit.* Item massaritia domus, & instrumenta fundi, pecora, & boues, dummodo sint ad perpetuum visum *Carocius loc. cit. nu. 3.* Item ea, quæ inseruiunt ad delectationem, vt sunt instrumenta apta ad ludos congruos, libri morales, aliaq; his similia *l. quæsitum §. sed si fundus l. prædia maritima §. fin. l. se se §. tirannide ff. de fund. instruct.* In vniuersum omnia, quæ sunt solita esse in fundo ad vsum; non videntur autem esse solita esse in fundo, quæ ibi sunt ad tempus *l. vxorem §. legauerat ff. de leg 3. lib. 2.*, *& ibi Iason post Albericum C. de verb. signific.*

Veniunt equi ad vsum destinati nõ venales.

Item ea, quæ inseruiunt ad delectationem.

Respondeo secundò, venire etiam sub tali contractu bona locatoris ibi per accidens

dens non existentia, quæ tamen ibi ad vsum adesse sunt solita, nec fuerunt absolutè distracta animo non reducendi. Hæc
3 responsio videtur colligi *ex l. qui saltem verb. solet ff. de legat. 3.* eamque ibi sustinent *Bartolus, & Albericus, & ex l. si fundum ff. eod.* Ratio ea esse potest, quia, quamuis talia bona per accidens in tali domo non existant, non tollitur tamen, quia sint bona talis domini, & domus, cum in eadem existere consueuerint, & sint sub pleno dominio, & potestate locatoris, hicque transtulerit non cum animo relinquendi extra domum, sed reducendi, ergo non est, cur non debeant venire sub tali contractu, quia non desinunt esse bona talis domus. Confirmatur argumento à contrario sensu deducto ex præcedenti responsione, quia locata domo cum omnibus in eadem existentibus non veniunt ea, quæ ibi sunt ad tempus, ergo locata domo cum omnibus in ipsa existentibus veniunt ea, quæ per accidens ibi non existunt, solita tamen sunt ibi existere ad perpetuum vsum. Consequentia probatur, quia, sicuti existentia rei, quando non est ad perpetuum vsum, sed dumtaxat ad tempus, non efficit, quod res illa cadat sub contractu, quia ex genere suo non est ordinata ad vsum illius domus, ita non existentia per accidens, & ad modicum tempus non tollit, quin cadat sub contractu, cum res illa, vtpotè consueta ibi inesse, & per accidēs absit, sit ordinata ad vsum illius domus, & eorum, quæ in ipsa continentur.

Sunt bona talis domini, & domus

Argumētum efficax à cōtrario sensu.

Hic nonnulli contendunt, an, ad hoc, vt contenta in domo locata cum omnibus in ipsa existentibus veniant sub contractu, necesse sit, vt exprimantur sub sincategoremate vniuersali, *omnia*, an verò sufficiat, quod indefinitè exprimantur sub nomine eorum, quæ continentur in ipsa. Secundò, an, si exprimantur sub sincategoremate vniuersali veniant etiam prohibita, & damnata. Ad primum asserendum est, sufficere,
4 si indefinitè exprimantur contenta in tali domo, *Carocius de loc., & cond. part. 1. sub tit. de locatione incerta qu. 6. num. 9.*, & ratio est, quia obligatio indefinita æquiualet vniuersali, & cum exponantur ea, quæ sunt in domo sine vlla limitatione, non est, cur aliqua debeant excludi, cum non sit maior ratio de aliquibus, & non de alijs. Ad secundum dicendum est non venire prohibita *Iason. ad l. 1. n. 2. C. de verb. signific., Bartolus in l. generali §. vxori ff. de vsufruct. legat., Decius cons. 294. col. 2., Ruinus cons. 79. col. 1. in princip. vol. 1., Rolandus cons. 87. num. 9. lib. 2.* Ratio ex eo deducitur, quod in generali concessione veniunt dumtaxat ea, quæ ex genere suo apta sunt venire, nec aliquo iure prohibentur, ergo, cum illa intelligantur prohibita, vtique venire in tali locatione non sunt censenda.

Obligatio indefinita æquiualet vniuersali.

§. IV.

An stante statuto, vel consuetudine possit quis cogi ad permittendum vsum alteri in re propria.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ. 1.
Nulla extante consuetudine, vel statuto non potest Domino inuito quis fundum alterius ingredi, ibique effodere ad extrahendos lapides, quantumuis offerat salarium. 2.
Extante consuetudine, vel statuto non potest Dominus impedire effosionem, si offeratur congruum salarium. 3.

1 Disquisitio IV. Extant in fundo meo venæ quorundam lapidum, vulgò *petraie*. Contendunt aliqui fundum meum ingredi, ibique effodere. Oritur hic difficultas, an id possint me inuito efficere. Proponit difficultatem in his, & similibus terminis de lapidicinis, & item in pasculis, & herbaticis in aliquo transitu obtinendo, *Carocius de loc., & conducto part. 1. sub tit. de mercede coacta qu. 8. num. 1., & 6.*, vbi secundum varias considerationes variè decidit.

2 Respondeo iam primò. Nulla extante consuetudine, vel statuto non potest me inuito quis ingredi fundum meum, ibique effodere ad extrahendos lapides, quantumuis congruum salarium offerat, *Iacobus de Aret., & Albericus in l. si venditor §. si constat ff. commun. præd., Carocius loc. cit. num. 2.* Ratio ex eo deducitur, quia id, quod nostrū est, sine facto nostro ad alium transferri nō potest *l. fin. in fin. C. de pact. l. 2. §. dominorum, & ibi Bartolus nu. 2. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur.*, & hoc quidem rationi congruit, quia in re aliena nemo ius habet, & dominus ex vi dominij, & plenæ potestatis habet ius, ne in rebus suis turbetur, ergo &c. Neque obesse potest, quod salarium, seu pretium offeratur; non, inquam, obesse potest, quia, sicuti etiam oblato pretio nemo cogi potest ad transferendas res suas titulo venditionis *l. nec emere C. de iure delib.*, ità nec oblato salario potest compelli ad permittēdum vsum in rebus proprijs; quod, si quandoque Princeps, vel statutum cogat ad vendendas res proprias, hoc erit ex causa communi, nec debet extendi ad causam quamcunque particularem, nec ad beneplacitum cuiuscunque particularis.

Dominus habet ius, ne in rebus suis turbetur.

3 Respondeo secundò, extante consuetudine, vel statuto potest quis cogi, vt permittat effosionem in proprio fundo, exhibito tamen congruo salario, *Deci. in c., quod Ec-*

clesiarum n 24. de constitut., Paris. cons. 1. col. 17. vol. 1., Anton. Gabr. de iure quæsito non tollendo concl. 1. num. 34. Ratio autem ex eo facilè deduci potest, quia in ordine ad bonum commune lex consuetudinaria, & etiam municipalis præponderat cuicumque iuri priuatorum, vnde deducunt communitèr DD. limitatiuè *ad l. item si verberatum, vbi Bartolus ff. de rei vendic., & l. Lucius ff. de euict., & l. Ratiochensium ff. de priuil. cred*, quod mihi per principem, & statutum possit auferri res mea soluto tamen pretio, vel mercede; congruentèr ad quæ asserit *Carocius de loc., & conduct. part. 1. tit. de mercede coacta q. 8. num. 7.*, ita in praxi obseruari Tuderti pro vijs publicis reficiendis, neque ijs, quæ hic dicuntur obstare potest textus allegatus *in l. nec emere C. de iur. delib.*; Non, inquam, obesse potest, nam non procedit extante statuto, vel consuetudine, sed dumtaxat considerato iure priuatorum. — Ius publicum præualet priuato.

2 Hinc in praxi obseruatur in hoc dominio Mediolanensi, quod, si aliqua domus fuerit contigua alicui Ecclesiæ, seu Monasterio, eidemque accommoda ad vsus, vel vtilis ad commodi possit Dominus illius domus obligari ad illius venditionem soluto tamen congruo, & proportionato pretio iuxta formam statutorum huius dominij, quod etiam passim, vel ex consuetudine, vel ex iuribus municipalibus obseruatur in alijs regionibus, & hoc propter rationem superiùs adductam, quod consuetudines, seu statuta possint præiudicare iuribus priuatorum, quando respicitur bonum alicuius communitatis, seu vniuersitatis.

---

§. V.

An locatio præsumatur ex solutione annuæ pensionis.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis expositus. 1.
Quando aliundè non constat sufficientèr probatur locatio per solutionem pensionis per aliquot annos. 2.
Si annua solutio fuerit protracta vltrà decennium præsumitur potius pro emphyteusi. 3.
Probatur etiam dominium, seu titulus locationis. 4.

1 DIsquisitio V. Gaudebat Titius vsu cuiusdam prædij, cumque non constaret de titulo, quo gauderet, asserebatur gaudere titulo conductionis ea ratione, qua singulis annis fuerunt solutæ consuetæ, & conformes pensiones. Hic tam inquiritur, an sufficientèr per probationem talium annuarum præstationum probetur titulus conductionis.

Respondeo, quando aliundè non constat, sufficientèr probari locationem, & conductionem per solutionem annuæ pensionis per aliquot annos, *Bartolus in l. litibus n. 12. C. de agric., & censit. lib. 12., Speculator de emphyt. §. nunc aliqua q. 142. n. 169. Baldus in l. 1. num. 15. C. de fideicomm., Mascardus de probat. num. 991., Cassan. cons. 16., Riminald. iun. cons. 12. num. 15., Paulus de Castro cons. 99.*, vbi dicit verum, etiamsi solutio sit facta simplicitèr. 2

Probatur primò, quia venditio præsumitur facta probatione pretij soluti vnica tantum vice, quando aliud non exprimitur, *Bartolus in l. cotam §. qui maximos ff. de publican., Baldus in l. licet q. 5. C. locati in addit. ad Specul. in eodem tit. §. 1., Castrensis in l. 2. §. 1. ff locati, Barba. in cap. propter sterilitatem in fine de locat., Ancharan. cons. 401., Socin. cons. 88. lib. 1., Altiatus resp. 513. n. 2.*, ergo etiam locatio debet præsumi, quando solutio non est vnica, sed annua, *Glos. in l. 2. C. de iure emphyth., Immola in cap. propter sterilitatem num. 33. de locat., Ancharanus cons. 402. col. 2., Corset. cons. 12. col. 1. lib. 1., Socin. iun. cons. 68. qu. 1. num. 5. vol. 1., Iason. in l. 1. nu. 6. C. de verb. significat.* conformitèr ad textum *in l. item quæritur §. qui impleto, & in l. si in lege §. si domus cum §. sequ. ff. locati, & in l. vectigal. § fin. de publican. & in l. si à colono, & l. Aurelio §. fideiussores ff. de fideius.* Consequentia probatur, quia, sicuti congruum est naturæ venditionis, vt pretium, quando aliud non dicitur simul in venditione soluatur; ita congruum est naturæ locationis, vt merces annuatim soluatur, & ratio rationis ea est, nam quando solutio confertur annuatim, & ad plures vices non videtur intentio dominium transferendi eo, quia si ille in solutione cessaret, posset de fundis expelli, *l. quæro §. inter locatorem ff locati l. vectigalia §. fin. de publican.* — Euincitur paritate emptionis.

Probatur secundò, quia, cum versemur in dubio, an contractus sit locationis, vel venditionis ex accidentibus est coniectandum, quæ interueniunt in talis contractus celebratione, vnde, si dictum fuerit, quod ob famem, bellum, vel pestem fiat remissio mercedis, præsumitur pro locatione *Socinus cons. 88. col. 2. vers. quod etiam dignoscitur lib. 1.*, ea ratione, quia tale pactum congruum est naturæ locationis, sed vnum ex præcipuis accidentibus, quod conueniat naturæ locationis, nisi aliud expressè statuatur, est, quod pensio annuatim soluatur, cum subrogetur pro fructibus, qui nonnisi annuatim producuntur per superius probata, ergo in dubio, si fiat concludens probatio pensionum annuarum solutarum — Ex congruentijs etiam euincitur. — Cógruẽtia pro locatione est solutio successiua.

præ-

præsumendum erit pro locatione.

3 Hæc, quæ dicuntur, verificantur solummodo, quando annuæ pensiones, quæ probantur solutæ, non protrahuntur vltrà decennium, sed sunt intrà illud, quia, si vltrà illud protraherentur, tunc potius præsumendum esset pro contractu emphytheutico, quia, vt asserebam in præcedentibus, locatio protracta vltrà decennium transit in naturam emphytheusis, nec habet, nisi nomen locationis, dummodo tamen non constaret, locationem fuisse renouatam, quia tunc non esset eadem locatio, sed alia noua. Cur autem, si solutiones contineantur intrà decennium potius præsumatur pro locatione, quam pro contractu emphytheutico, id ex eo prouenire existimo, quia in dubio præsumendum est pro eo contractu, qui minus grauosus est locatori, cum non supponatur hic in celebratione contractus onera grauiora voluisse subire. Exciperem tamen in casu, quid bona illa essent solita in emphytheusim concedi, quia tunc pro consueto esset præsumendum.

Præsumendum est pro cõtractu, qui sit minus grauosus locatori.

4 Hinc deducit *Cassan. cons. 16., Riminald. Iun. cons. 12. num. 15.*, quod per solutionem annuæ pensionis probetur medium possessionis, seu dominium ad fauorem recipientis, quinimmò & causa, & titulus locationis *Castrensis cons. 51., Redoanus de reb. Eccl. qu. 18. vers. dicta superius num. 10., Afflictus decis. 325., Benintend. decis. 45., Roman. cons. 127., Curtius sen. cons. 72. num. 6.*

Hinc etiam deducunt alij, quod si ex diuersitate temporis locatio transierit in emphytheusim ex solutione pensionum vltrà decennium arguatur possessio, & dominium vtile in conductore, quandoquidem in emphytheusi eadem possessio, & dominium vtile transfertur in emphytheutam per ea, quæ latè docui *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphytheusi, & censibus.*

---

§. VI.

An per instrumentum locationis, & solutionem pensionis probetur possessio, seu dominium rei locatæ.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ. 1.
Ex instrumento locationis inter conductorem, & locatorem sufficientèr probatur possessio eiusdem locatoris. 2.
Per solutionem annuæ pensionis sufficientèr probatur possessio eiusdem locatoris. 3.
Ex instrumento locationis simplicitèr, vel ex solutione pensionum seorsim sumptis non sufficientèr probatur possessio locatoris aduersus alios à conductore. 4.
Limita, nisi instrumentum esset antiquum. 5.
Per instrumentum præcisè locationis non probatur dominium locatoris. 6.
Concurrente cum instrumento solutione pensionum, alijsque adminiculis probabilius aduersus conductorem probatur dominium locatoris. 7.
Non tamen sufficientèr aduersus alios. Ibid.

1 DIsquisitio VI. Inierant inter se contractum locationis Fabius, & Franciscus, quo ille huic concesserat suum fundum sub onere certæ annuæ pensionis, atque de hoc ediderant publicum instrumentum; cumque insurrexisset, vel inter ipsum locatorem, & conductorem dissidium de possessione, vel fortè inter locatorem, & alios, contendebat ipse locator sufficientèr probari suam possessionem, & dominium ex instrumento locationis, vel fortè etiam ex solutione pensionum. Quæritur iam hic quid iuris circa huiusmodi dissidium.

2 Respondeo primò, ex instrumento locationis inter conductorem, & locatorem sufficientèr probatur possessio eiusdem locatoris *Iacobus Menochius cons. 336. num. 13. part. 4, & de retinend. possess. rem. 3. num. 571. Pract. Papiens. in form. libelli pro turbat. possess. in verbo hodiè num. 6., Baldus cons. 330. col. 1. vol. 1., Socin. cons. 89. col. penult. in princip. vol. 1. post Butrium in cap. inter dilectos de fid. instrum., Afflictus in c. 1. § si quis de mense num. 12. cons. 66. num. 17. si controuersia fuerit Rebuff. ad Reg. constit. tom. 3. tit. de materia possessoria in præfatione num. 100.*, ex quibus infert *Menochius d. rem. 3. num. 571.*, quod, si iste conductor turbaret locatorem in hac possessione, satis per instrumentum locationis probetur possessio contra istum turbatorem conuentum. Hæc responsio aper tè colligitur *ex l. quadam mulier ff. de rei vendicatione*, vbi dicitur, quod, si quis alteri fundum donauerit, atque à donatario eundem fundum conduxerit, fit eidem acquisitum dominium, & possessionem, quatenus fundum vendicare possit, & *ex l. qui bona in princip. ff. de acquir. possess.*, vbi dicitur *in tit. quod si possessor conduxit rem à non possessore transferat in illum possessionem, quam habet*, quod idem repetitur *in l. quamuis §. 1. ff. eodem tit.*, vbi dicitur, *quod, si conductor rem vendiderit, & eam ab emptore conduxerit, prior locator possessionem per conductorem rectissimè retineat*, & vlterius ratione sic euincitur, quia conductor eo ipso, quod conduxit, videtur tacitè constituere se possessorem, seu detentorem nomine locatoris *Angelus in l. quod meo ff. de acquirend. possess., & l. si quis conductionis C. de locato*, non enim conductor, qua talis, potest suo nomine possidere, nec rem suam conducere *l. non solum in fin. ff. de vsucap. l.*

Iura quibus innititur responsio.

Conductor eo ipso, quo conduxit constituit se possessorem nomine locatoris.

suæ rei, & l.si in emptione §.rei suæ ff.de contrah. empt., quod adeò verum est, vt hoc militet, etiam si ipse conductor esset Dominus per allegata iura; vndè meritò dicit *Rebuf.ad d.Reg.constit.tom.3. tit.de materia possess.in præfat.n.97.*, quod, si ego dem tibi domum, & tu eam mihi loces, transferatur possessio in te locatorem iuxtà textum *in l. quadam mulier ff. de rei vendicat*, & alia iura ab eodem ibi allegata.

3 Respondeo secundò, per solutionem annuæ pensionis factæ per conductorem locatori sufficientèr probatur eiusdem locatoris possessio. Hoc videtur sentire *Carocius de locat.,& conduct. part.6. qu.11. n.3., & 4.* dum eodem *n.3.* asserit ex perceptione fructuum, siue mercedis simplicitèr, vel ex solo instrumento locationis possessionem sufficientèr non probari, & *num.4.* limitat asserens, ex instrumento locationis solummodò probari possessionem inter locatorem, & conductorem, licet non quoad alios, quod idem ex paritate rationis videtur dicendum ex solutione pensionum. Facilè autem hæc responsio deducitur ex dictis *in præcedenti §.*, nam per solutionem pensionis sufficientèr probatur locatio per iura, & rationes ibi allegatas, ergo etiam sufficientèr probatur possessio eiusdem locatoris. Consequentia probatur ex dictis in præcedenti responsione, quandoquidem conductor eo ipso, quod aliquem cognoscit, vt locatorem, tacitè videtur consentire eiusdem possessioni, & detinere nomine eiusdem, præcipuè cum hæc sit natura locationis, vt possessio ciuilis maneat penes locantem.

Cognoscens, aliũ vt locatorem eundem cognoscit, vt possessore.

4 Respondeo tertiò, ex instrumento locationis simplicitèr, vel ex solutione pensionum seorsim sumptis, seu distributiuè, vel disiunctiuè non sufficientèr probatur possessio locatoris quoad alios à conductore *Baldus d.cons.330.statuto cauetur, quod conductor col.1.lib.1., Berous cons.45.n.8.lib.3., Alexander cons.10.vol.4.,& cons.12.num.3. eod.vol., Hieronymus Gabriel. cons.31.nu.9. vol.1., Bursat.cons.414.n.7.lib.4., Mascardus cons.1180., Rota decis.87. in antiquis, Florian.cons.1., Rebuff.ad d. Reg.const. tract. de materia possess.in præfat.n.100.,& omnes ferè DD. præallegati in prima responsione*. Hæc responsio expressè colligitur ex textu *in d.l. quamuis §.1. de acquir.possess.*, vbi dicitur, quod, si conductor rem vendiderit, & eam ab emptore conduxerit, prior locator per conductorem possessionem rectissimè retineat; ex quo ad rem nostram sic argumentor. Facta locatione per emptorem rei per se emptæ à conductore in fauorem eiusdem conductoris non tollitur, quin primus locator adhuc per conductorem suam possessionem detineat, & vtique rectissimè, ergo ex locatione inter emptorem, & conductorem non sufficientèr aduersus alios ab ipsis arguitur possessio eiusdem emptoris locantis, quandoquidem non obstante tali locatione primus locator adhuc retinet suam possessionem, ratione cuius potest rem illam vendicare. Vlterius eadem responsio cõfirmatur ex eo, quod acta inter aliquas personas nõ possunt prę udicare alijs, qui talibus actis non consenserunt; vndè etiam meritò dicitur *in cap. inter dilectos § vlt. Per instrumenta verò locationis, nec est vtique probata proprietas, nec ad plenum possessio, cum ad probationem rei propriæ, siue ad defensionem non sufficiat facta locatio.*

Argumentum concludens ad rem nostram.

Acta inter duos non possunt alijs præiudicare, cum quibus non est actum.

Dixi *ex instrumento locationis simplicitèr, vel ex solutione pensionum seorsim, vel disiunctiuè sumptis* propter nonnullos, inter quos *Carocius de locat.,& conduct. part.6. qu.11. num.6., Iacobus Menochius de retinend.possess. remed.3.num.572., Socin.cons.11.col.2.vers. iustè infero lib.3., Rebuf. ad d. Reg. constit. tract.de materia possess.in præfat. n.100.* existimantes, quod, quando cum instrumento locationis concurreret etiam solutio pensionum locatori, tunc fieret probatio possessionis etiam in ordine ad tertium, quod ea ratione probat *Rebuff.loc.cit.*, quia tunc non esset verisimile, quod recepisset pensionem, si alius fuisset dominus. Quod, an verum sit, iudicent alij. Hoc vnum difficile videtur propter rationem, de qua suprà, quia acta inter alios, quantumuis confirmata non possunt præiudicare tertio non concurrenti ad actionem *Antonius Gabriel lib.3.concl.4.n.5.,& 9., Afflictus decis.325., Poutanus de spol.lib.2.n.88., Roderic.Suarez ad l.post rem iudicatam limit.2., Socin. cons. 106. col.1. lib.3.* Verum tamen est, quod hic tertius debet probare se possidere *Caballin. milleloq.907.part.2.* Dici etiam posset, quod ea, quæ dicuntur per præallegatos DD. verificantur ad summum, quandò ille tertius esset sciens, non autem ignorans *Baldus in l. fin. C. de Sacrosanct. Eccl. Abbas in cap. inter dilectos de fid. instrument. Angelus in l. quædam mulier ff. de rei vendicat., Castrensis cons. 342.*

Intellige etiam cõcurrente simul instrumẽto & solutione pẽsionis.

Limita tamen hanc tertiam responsionem in instrumento locationis antiquo, quod & tertio nocet, *Bartolus in l. ad probationem C. de locato in l. non abs re C. vndè vi, Oldrad.cons.199., Crauett.cons.54.n.11., Iacobus Menochius de retinend. possess. remed. 3.n.574.* Cuius limitationis rationem eam esse existimo, quod intuitu illius temporis diuturnitatis præsumatur facta præscriptio eiusdem possessionis, cum instrumentum locationis tantum dicatur antiquum, si annos sexaginta excedat *Silu. cons. 37. num. 13., Bursat. cons. 330. num.61. vol.2.*, vndè meritò docent *Aret. cons. 164. in fin., Ruinus cons. 14. n.6. vol. 4., Paris.cons.107. in princip. vol. 1., Crauett. de antiqu. tempor.* 5

Præsumitur præscriptio.

por. part. 1. num. 73., Menochius cons. 147. vol 2., quod instrumenta antiqua locationum probent dominium, & possessionem contra tertium.

6 Respondeo quartò, per instrumentum præcisè locationis non probatur dominium locatoris *Paris. cons. 17. num. 25. lib. 1. Ripa in l. rem quæ nobis num. 18. ff. de acquir. possess., Roland. cons. 46. num. 21. lib. 3., Magon. Rot. Lucens. 54. num. 7., Baldus in l. ad probationem vers. quæro quid si instrumentum C. locati. Alexander cons. 136. col. fin. vol. 1., Abbas cons. 31. col. 2. vol. 2.*, quod verificatur etiam in ordine ad conductorem *Afflictus decis. 14 num. 8., & decis. 12., Alexander cons. 21. n. 4. lib. 4., Puteolus decis. 352. lib. 1., Riminald. cons. 93. num. 10.* quidquid in contrarium dixerint *Cassanus cons. 16., Castrens. cons. 51. lib. 2., Redoanus de reb. Eccl. qu. 18. vers. dicta superius num. 10.*, asserentes conferre causam, & titulum, qui tamen intelligendi sunt dumtaxat in eo sensu, quo intelligatur instrumentum locationis, si fuerit antiquum, tribuere fundamentum idonei tituli ad præscribendum, quod maximè notandum dicit *Bartolus in l. ad probation. C. de locato, Pont. de sponsf. lib. 2. n. 89.*, non autem, quod secundum se tribuat titulum, dominium, & causam &c. Ratio in vniuersum ea esse potest, quia, quamuis possessor conducendo ab alio rem à se possessam trasferat possessionem in locatorem, prout habetur *in l. qui bona in princip. ff. de acquirend. possessione*, non propterea in ipsum transfert dominium, quia in possessionibus sufficit merum factum *l. 1. §. si vir vxori ff. de acquir. possess., Baldus in l. ad probationem C. de locato*, nam sine aliqua causa potest acquiri nuda possessio, dominium autem, nec nanciscitur, neque amittitur absq; causa *l. peregrè §. quibus ff. de acquirenda possess.*, & proprietas non perditur voluntate sua circumscriptis causis translatiuis, secus in possessione, vndè conductor non videtur assertor dominij locatoris, quia ex contractu temporali generaret sibi præiudicium perpetuum, quod est absurdum *l. epistola §. fin. de pactis*. Hæc sufficientèr probant, locationem non probare dominium locatoris quoad rem locatam aduersus conductorem, quæ tamen à fortiori procedunt ad probandam eandem locationem, multo minus probare tale dominium aduersus tertiam personam ab eodem conductore, quod latè asserit *Paulus de Castro cons. 291., & cons. 282., & in dicta l. ad probationem, C. de locato, & in dicta l. ad probationem C. de locato, Bartolus in l. non abs re C. vndè vi* præcipuè propter eam rationem, quod acta inter alios non præiudicant non concurrenti ad actionem.

In possessionibus sufficit merũ factum, nõ sic in dominio.

Conductor nõ est assertor dominij locatoris

7 Respondeo quintò, concurrente solutione fructuum, seu pensionis, & alijs coniecturis similibus probabilius aduersus conductorem probatur dominium in fauorem locatoris *Bartolus in l. non abs re col. 2. vers. quæro qualitèr C. vndè vi, Alexander cons. 10. n. 7. lib. 4., Ripa in l. rem, quæ nobis n. 53. ff. de acquir. possess., Parisius cons. 104. n. 82. lib. 1., Menochius lib. 6. præsumpt. 73. nu. 13, & 14.* Probant aliqui responsionem ex eo, quod ex tali solutione fructuum, seu pensionis, alijsque adminiculis sufficientèr probatur possessio in fauorem locatoris, ex qua deindè possessione deducitur præsumptiuè dominium, seu proprietatis probatio. Sed hoc mihi magnam vim non facit, quia ex dictis in prima responsione per instrumentum locationis probatur possessio aduersus conductorem, nec tamen indè sufficientèr probatur dominium. Deindè ad summum ex tali possessione probaretur præsumptiuè de dominio, quando incidenter dominium deduceretur in iudicium *Bartolus post glos. in l. quidam in suo ff. de constit. instrum*, quando scilicet aduersus conductorem ageretur ex locato, non autem quando ageretur principalitèr actione reali, & rei vendicatione, quia tunc est probandus titulus, & causa. Quamobrem alia via procedendum est in probatione huius responsionis. Rationem igitur deduco ex eo, quod conductor soluens pensiones videtur locatorem recognoscere in dominum, cum solutio ipsa fiat Domino; hoc tamen non est, nisi probatio præsumptiua; vndè si conductor alitèr probaret, esset audiendus, & magnam vim faceret.

Ex probatione possessionis non sufficientèr probatur dominium.

Conductor soluens pensiones videtur recognoscere locatorem, vt dominum.

Ex his tamen argues, quod, quantumuis solutio pensionum probet præsumptiuè dominium locatoris aduersus conductorem, qui soluit, non efficacitèr tamen probet quoad alios, quia acta inter alios non præiudicant mihi non agenti; excipitur tamen in hypothesi, qua cum solutione pensionum concurreret instrumentum locationis antiquum, quia tunc ex diuturnitate temporis constitueretur titulus, & induceretur præscriptio, intuitu cuius posset aduersus quemcunque se tueri.

---

§. VII.

An Frater deputatus à Patre ad administrationem bonorum possit in diuisione cum cæteris fratribus salarium ab eisdem exigere.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series in suis terminis. 1.
Notabile circa factum aptũ ad solutionem. 2.
Si frater natu maior fuerit solitus locare operas

ras suas, probabilius in diuisione bonorum cum fratre potest exigere congruum salarium. 3.

Si non fuerit solitus locare operas suas, & diuturno tempore administrarit, & rationes sæpè calcularit cum taciturnitate præsumendum est, quod gratis administrarit 4.

Ex solo titulo reuerentiæ paternæ viuente Patre alijs non concurrentibus non præsumitur cessio. 5.

Ex solo titulo proximitatis sanguinis non præsumitur gratuita cessio. 6.

1 DIsquisitio VII. Quidam diues in hac Mediolanensi Ciuitate habebat duos filios, & simul possessiones, & fundos valdè æstimabiles, cumque iam senio confectus onera administrationis non valeret subire, maiori natu concessit administrationem, alter enim ob ætatem minorem erat ad hoc munus inhabilis. Mortuus est diues ille, & per nonnullos annos filius natu maior continuauit in administratione, post quos in diuisione bonorum paternorum, quam intendebant inter se fratres, contendebat idem natu maior sibi deberi condecens salarium ob talem administrationem, quasi quod implicitè in illa locasset operas suas. Quæritur iam quid iuris circa hanc facti seriem, quam late proponit, & examinat *Carocius de locat., & cond. part. 1. tit. de substantia locationis 2. de bon. quæ liberis qu. 1.*, vbi pluribus pro vtraque parte discussis videtur inclinare pro parte asserente illud salarium non esse impendendum.

Factum in suis terminis.

2 Pro cuius solutione plura consideranda sunt, & primò, an ille natu maior sit solitus locare operas suas; secundò, an pro tempore, quo Patre viuente administrauit fuerit aliqua præsumptio, quod idem Pater non intenderit grauare eundem natu maiorem sine congrua remuneratione, an verò fuerit præsumptio, quod susceperit ille filius illud onus ratione paternæ reuerentiæ, quæ gratuita esse debet. Tertiò, an hoc idem præsumendum sit post obitum Patris pro tempore, quo post illum administrauit. Quartò, an sufficiat coniunctio sanguinis ad præsumendum, quod illud onus gratis susceperit, vel intuitu patriæ reuerentiæ, vel fraternæ propensionis. Quibus sic suppositis

Notabilia circa facti seriem.

3 Respondeo; si ille natu maior fuerit solitus locare operas suas, probabilius est in diuisione bonorum cum fratre posse exigere congruum salarium administrationis *Iason in l. illud C. de collat.*, *Carocius de locato, & conduct. part. 1. tit. de substantia locationis 2. de bonis, quæ liberis q. 1. n. 12.* Ratio ex eo potest deduci, quod æquitas postulat, vt ille, qui propter alium lucrum non sortitur in negotiatione solita, compensationem ab illo recipiat; non enim præsumendum est, quod Pater, qui præsumitur eligere salubrius consilium pro filio *l. nec in ea ff. de adult.* voluerit eundem filium sine compensatione priuare solitis emolumentis, & lucris, ergo titulo compensationis etiam ex præsumpta voluntate Patris pro compensatione in diuisione bonorum cum fratre poterit exigere congruum salarium.

Pater præsumitur eligere salubrius cõsilium pro filio.

Respondeo secundò; si ille natu maior non fuerit solitus operas suas locare, diuturno tamen tempore administrarit, & rationes sæpius calcularit cum taciturnitate, præsumendum esset, quod gratis administrarit, & liberè cesserit iuri suo *Bartolus, Baldus, & Salicetus in l. procula ff. de probationibus, & præsumpt., Baldus in l. 1. in 2. q. C. de iure dot. in l. cum proponas col. 1., & in l. si certis annis col. 5. C. de pactis, Alexander cons. 46. vol. 1., Iason in l. quæ dotis n. 18. ff. sol. matrim.*, vbi testatur de communi *Soc. Sen. cons. 25. nu. 10. lib. 4. Ruinus cons. 162. nu. 10. lib. 3, Afflictus decis. 13. nu. 12* Ratio ex eo deducitur, quia, cum rationes pro tanto tempore, quo administrauit, calcularit frequentèr, nec vnquam quid petierit maximè intercedente proximitate sanguinis præsumitur in illa taciturnitate liberè illud munus administrationis exercuisse, & gratis cessisse iuri suo, ergo non erit postea, cur possit salarium aliquod ratione eiusdem exigere. Ad hoc confirmandum maximè facit id, quod asserit *Bartolus in d. l. Procula ff. de probat.*, quod scilicet fideicommissum cum diuturnitate temporis, & rationibus sæpius calculatis præsumatur remissum, & insuper id, quod ex eodem in glosa subditur, quod soror, quæ diu habitauit cum fratribus, quantumuis ius habeat in hæreditate, si sæpius fuerint calculatæ rationes, & nihil petierit, præsumatur iuribus suis renuntiasse. 4

Ex taciturnitate præsumitur libera cessio.

Confirmatur exemplis

Respondeo tertiò, ex solo titulo reuerentiæ paternæ viuente Patre alijs non concurrentibus non est præsumenda facta liberè, & gratis administratio, adeoque frater natu maior potest exigere salarium administrationis *Corn. cons. 15 in fin lib. 4, Crauet. cons. 86. num. 3., Franciscus Marcus decis. 907. part. 2.* Ratio esse potest, quia si Pater quid emat nomine filij, & nomen filij in instrumento apponi debet, non tamen præsumitur nomine filij emisse, vt donet, nisi secuta sit traditio *l. filiæ, & ibi Bartolus C. famil. ercis. Corneus cons. 15 in fin. lib. 4*, ergò a fortiori, si filius in causam Patris impenderit, impendisse non creditur animo donandi, sed petendi *l. si filius, vbi Alexander testatur de communi C. de negot. gestor. Deci. cons. 21. sub num. 7.* Consequentia sic euincitur, quia potior est præsumptio donationis Patris erga filium, quam filij erga Patrem.

Respon-

Euincitur responsio ex præcedentèr dictis. Respondeo quartò, ex solo titulo proximitatis sanguinis post obitum Patris alijs non concurrentibus non est præsumenda facta liberè, & gratuito administratio; vndè frater administrans poterit exigere congruum salarium. Ratio a fortiori deduci potest ex præcedentibus, quia maior videtur vis compulsiua in filio respectu Patris intuitu reuerentiæ paternæ simul cum proximitate, immò coniunctione sanguinis, cum filius dicatur pars patris, quam in fratre respectu alterius fratris ratione proximitatis sanguinis præcise, sed in filio respectu Patris ratione reuerentiæ paternæ præcisè non præsumitur ex superius dictis liberè facta administratio, nec gratuita donatio salarij; ergo nec præsumi debet in fratre respectu alterius fratris.

Hic agunt fusè aliqui de socio personam exercente in rebus societatis, an scilicet in fine locationis possit exigere stipendium propriæ personæ quoad exercitium, sed de hoc fusè egi *tom. 3. sub tit. Contractus VII. de societate sparsim per prænotiones, & §.*, vndè non est, cur in præsenti immoremur.

---

§. VIII.
De locatione arbitraria.

SVMMARIVM.

Status difficultatis, & quid sit locatio arbitraria. 1.
Rationes dubitandi. 2.
Locatio arbitraria modo exposito in ratione locationis subsistit. 3.
Non est solius dotis, quod dos incerta promissa teneat. 4.
Pensio in ea hypothesi taxanda est arbitrio boni viri. 5.
Satisfit rationibus dubitãdi pro secũda parte. 6

1 Exponitur status controuersiæ. DIsquisitio VIII. Constituerunt locationem inter se Caius, & Meuius, qua ille huic concessit quædam sua prædia ad certum determinatum tempus, vel fortè etiam Meuius locauit suas operas eidem Caio. In conuentione mercedis pro prædijs locatis Caius se remittit arbitrio eiusdem Meuij, & hic in conuentione mercedis pro suis operis se remittit arbitrio eiusdem Caij dicens *datemi quello, che volete voi, mi accontento di quello, che voi volete.* Queritur iam primò, an subsistat hæc locatio in ratione locationis. Secũdò quodnam stipendiũ in tali hypothesi sit erogandum?

2 Speciale est in dote, vt valeat incerta promissio. Ratio dubitandi pro prima parte ex eo deducitur, quod supra innuebamus, nempè ad locationem requiri certam, & determinatam mercedem, quia speciale est in dote, vt incerta promissio valeat *l. cum potest §. gen ff. de iur. dot. ad quam Baldus nouell. de priuil. dot. part. 7. princip. priuil. 10., & in l. 1. nu. 3. ff. solut. matrim., Ambrosius de Opillo ad l. si quis arbitratu num. 51. ff. de verb. obligatione*, certa autem, & determinata pensio non est, vbi arbitrio conductoris remittitur.

Volo importat liberũ consensum. Ratio autem dubitandi pro secunda parte ex eo deducitur, quod verbum *volo* importat liberum arbitrium *l. cum quidam, ff. de legat. 2. l. fideicommissaria libertas, ff de fideicomm. libert., Afflictus decis. 361. nu. 8., Menochius de arbitrar. Iud. quæst. 8.*

Respondeo primò, talem locationem in ratione locationis subsistere. In hanc absolutè propendet *Carocius de loc., & conducto part. 1. sub tit. de locatione arbitraria quæst. 9.*, dum solum contendit, an illa pensio sit taxanda ad arbitrium ipsius conductoris, an verò ad beneplacitum boni viri; frustratoria etenim esset hæc quæstio, si contractus locationis non subsisteret. Probatur iam eadem responsio, quia in tali contractu reperiuntur omnia substantialia requisita ad naturam locationis, ergo non est, cur non debeat subsistere in ratione eiusdem locationis. Antecedens probatur, quia propriè interuenit res locata, consensus vtriusque contrahentis, & merces, quæ sunt prima, & substantialia contractus; neque obesse potest, si asseratur iuxtà superius dicta, mercedem debere esse certam, & determinatam, qualis non esset in præsenti hypothesi; non, inquam, obesse potest, & per hoc satisfit rationi dubitandi pro prima parte, quia, sicuti quando nihil dictum est de mercede hęc taxatur per consuetudinem, & per illam determinatur, ità quando remittitur arbitrio conductoris, vel per beneplacitum ipsius, vel per arbitrium boni, & prudentis viri debet determinari, vt in sequenti responsione demonstrabitur. Ad id, quod dicitur de promissione dotis incerta ex speciali ipsius conditione, respondendum est, non ita proprium esse eiusdem, quin extendatur etiam ad alios contractus, & donationes, vt videre est in legato alimentorum sine adiectione certæ quantitatis *l. si cui annuus ff. de alim., & cib. legat. l. cum alimenta ff. de aliment. leg., Socinus reg. 310. priuil. 46., Alexander cons. 158. col. 2. lib. 7., Roman. in auth. similitèr speciale 27. C. ad leg. falcid.* Quamobrem ad rem nostram assero, quod, sicuti in præcedentibus diximus, subsistere locationem, quantumuis nulla facta fuerit mentio pensionis, ita a fortiori dicendum est subsistere, quando est adiecta pensio, vel merces sine quantitate *auth. multo magis C. de Sacrosanct. Eccles.*, & sicuti ibi a solito, & consueto regulatur eadem pensio, vel merces, ità hic regulanda est, vel arbitrio boni viri, vel beneplacito eiusdem conductoris.

Merces redditus certa, vel per consuetudinẽ, vel ad arbitriũ boni viri. 3 4

Fortius valet quando est promissa pẽsio, ac quando non est promissa.

Probatur secundò, quia non minus videtur requiri ad contractum locationis merces, & pensio certa, ac requiratur eadem pen-

pensio effectualis, & numerata, & tamen non destruitur locatio habita fide de eadem mercede, & pensione glosa in l. si serui §. locau., & ibi Bartolus n. 2. ff. de furt., Salicet. in l. traditionibus ff. de pactis ea potissimum ratione, quia emptio, & venditio, locatio & conductio pari passu procedunt, & eisdem iuris regulis innituntur l. 2. ff. locati, & §. 1 Instit. de locatione, ergo nec destruitur &c.

Pensio effectualis, & numerata requiritur in locatione,

5 Respondeo secundò, pensionem, seu mercedem in ea hypothesi, quantumuis dictum fuerit in conuentione, vt tibi placuerit, determinandam esse arbitrio boni viri Bartolus in l. si quis arbitratu num. 7., & ibi Socin. num. 32. ff. de verb. oblig., Bartolus in l. 1 n. 51. C. de Sacrosf. Eccl. Iacobus Menoch. de arbitr. Iud. qu. 8 num. 6, Baldus in l. fin. §. 1. in 4. not. C. commun. de leg., Iason in l. si sic legatum nu. 6. in fin. ff. de leg. 1.

Remittẽs se arbitrio aduersæ partis, nõ rem ttit absolutè, sed secũdũ æquitatem,

Ratio huius responsionis ex eo deducitur primò, quod, cum quis se remisit partis aduersæ voluntati, non censetur se remisisse quomodocunque, adeò vt eidem sit liberum conferre, vel non conferre, vel conferre in quacumque quantitate voluerit, quantumuis fuerit minima, sed se remisisse iuxta æquitatem, & congruam iuris dispositionem, & prudentis rationis dictamen Bartolus, & Baldus in l. penult. in fin. ff. de arbitris, Iason in l. si sic legatum num. 30 ff. de legat. 1., Baldus in l. 3. C. de doc. promiss. Menochius de arbitr. Iud. lib. 1. q. 7. n. 6., sed pensio determinatur prudentèr, seu iuxtà æquitatem, & prudentis rationis dictamen, quando determinatur ad arbitrium boni, & prudentis viri, ergo congruentius in ea hypothesi tali arbitrio pensio determinanda est.

Arbitrũ boni viri, importatur per ly vt tibi placuerit,

Confirmatur primò, quia illa verba, vt tibi placuerit, important boni viri arbitrium, Bartolus in l. 1. n 51. C. de sacros. Eccl., & cons. 166. nu 4 lib. 1., Castrensis cons. 334., Laudatio col. 2. lib. 1., Decius in l. si pascenda num. 6. C. de pactis, & in cons 493. num. 21., Socin. Iun. cons 129 num. 54. lib. 3, quæ latè refert & approbat Menochius de arbitr. Iud. lib. 1. qu. 8. n. 7., & seqq., & extendit etiam, quando in concessione fuerit dictum, facias ad tuum beneplacitum, in quo sensu etiam, dicit sine dubio importari arbitrium boni viri, & allegat Baldum in l. vlt. §. 1. not 4. C. commun. de legat., Marian., Soc. in cap. verum vlt. notab de foro compet.

Euincitur pariter rel ctũ secundum beneplacitum grauati.

Confirmatur secundò, quia legatum, quod est collatum in grauati potestate, colligitur collatum non puræ, & liberæ eius voluntati, sed eiusdem arbitrio tanquam boni viri, sicque non est positum in mera eius dispositione, sed in sui arbitrij æquitate, adeovt non sit in eius arbitrio, an legatũ debeatur, sed an legatarius meruerit tale legatum, & si hæres male arbitratus fuerit, seu noluerit arbitrari, tunc recurritur ad arbitrium boni viri, Iason. in d. l. si sic legatum num. 1. ff. de legat. 1., ergo etiam merces remissa arbitrio conductoris in contractu locationis.

Dices hæc, quæ dicuntur in hac confirmatione procedere tantum in vltimis voluntatibus, nón sic in contractibus, in quibus substantia contractus non potest transferri in arbitrium, & voluntatem alicuius ex contrahentibus, quantumuis verba importent arbitrium boni viri l. quod sæpe §. 1. ff. de contrah. empt., & in l. ementis C. eod., qui textus licet procedant in contractu emptionis, ex paritate tamen rationis extenduntur etiam ad contractum locationis; nam sicuti sine pretio non subsistit emptio, & vend tio, ita sine mercede non potest subsistere locatio, vndè argumento a substantia ad quantitatem euincitur, quod, si non subsistit venditio, quando quantitas pretij transfertur in arbitrium emptoris, vt ex allegatis textibus euincitur, nec subsistat locatio, quando quantitas mercedis transfunditur in voluntatem conductoris, præcipuè, cum ex allegatis iuribus eisdem regulis emptio, & venditio, locatio, & conductio innitantur. Sed contra, ea, quæ dicuntur in allegatis textibus, procedunt solummodò, quando transfertur pretium, vel pretij quantitas in nudum, & liberum arbitrium, vel emptoris, vel conductoris respectiuè, secus autem quando transfertur in eoldem ad arbitrium boni viri, quia tunc, si malè arbitrarentur, recurritur ad arbitrium boni viri scilicet Iudicis, qui secundum æquitatem arbitrabitur.

Instantia aduersus probationes, earũque solutio.

6 Ex ijs patet, quid sit respondendum ad id, quod in ratione dubitandi in secunda parte afferebatur; respondendum quippè est, non importare voluntatem quomodocunque, sed secundum dictamen prudentis rationis ad hoc, vt sustineatur contractus locationis, quantum fieri potest; ex eo enim, quod contrahentes voluerint locationem, & de locatione dixerint, intelligendi sunt, quod voluerint ea omnia, quæ sunt de substantia eiusdem, adeoque mercedem ad arbitrium boni viri, sine qua contractus non subsisteret per allegata iura in d. l. quod sæpe §. 1. de contrah. empt., & in l. ementis C. eod.

Satisfit obiectis ex aduerso.

---

§. IX.

De Locatione in modico.

SVMMARIVM.

Quomodo intelligatur hæc locatio in modico, & sensus difficultatis. 1.

Regu-

Regularitèr loquendo locatio rei magni valoris pro modica mercede non subsistit in vim locationis. 2.

Quædam exceptio in hoc casu, eiusque explicatio. 3.

Quamuis non subsistat in vim locationis non transit tamen propriè in donationem simplicitèr, sed tantum secundum quid. 4.

1 Articuli examinandi circà titulum.

DIsquisitio IX. Locauit quis rem suam, & conuenit cum conductore de vilissimo pretio, puta de vno nummo. Hic primò dubitandum occurrit, an talis contractus subsistat in vim locationis; Secundò, vbi in vim talis contractus non subsistat, an subsistat in vim donationis, an alicuius alterius contractus. Non procedit difficultas, quando res, quæ locatur, non est digna maiori pensione, tunc etenim nulli dubium, quin subsistat in vim locationis, cum sit omnimoda æqualitas requisita ad rationem talis contractus, res locata, & merces, & debitus, & proportionatus consensus, prout rectè notauit *Carocius tract. de locat., & conducto tit. de locatione in modico q.5 n.2.*; non enim ad constituendam locationem requiritur, vt res locabilis sit tanti, vel tanti valoris; vndè sicuti pro re magni valoris requiritur merces magna, & proportionata, ita pro re modici valoris sufficientèr ponitur exigua, & proportionata quantitas quoad mercedem.

2 Respondeo primò, regularitèr loquendo locatio rei magni valoris pro modica mercede, puta pro nummo non subsistit in vim locationis, *Firman. in verb. venditio qualitèr vers. 3., Nicol. Mozz. de locat. vers. venio nu. 16.*, quibus adhærere videtur *Carocius loc. cit. num. 1.* Hæc responsio vim maximam habet *in l. si quis conduxerit ff. locati*, vbi sic legitur. *Si quis conduxerit nummo vno conductio nulla est*, ibique redditur ratio, *quia hoc donationis instar inducit*; vbi nota illam particulam, *donationis instar*, quæ non importat absolutè donationem, sed similitudinem, & speciem eiusdem.

Videtur potius species donationis.

Dices, ex supradictis locatio, & conductio eisdem iuribus regulantur, quibus emptio, & venditio iuxta *pracit. text. in l. 2. ff. locati*, sed, quoties res viliori pretio venditionis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere, *l. si quis donationis causa ff. de contrah. empt.*, ergo etiam, si viliori pretio res conducatur, dubium non erit conductionem valere. Sed contra respondeo cum glosa *in d. l. si quis conduxerit ff. locati in fin.* illum textum *in dict. l. si quis donationis ff. de contrahenda empt.*, non esse intelligendum de venditione facta in vno nummo, seu vilissimo pretio, sed dumtaxat in pretio viliori, prout etiam optimè aduertit *Carocius loc. cit. num. 3.*, vndè aduertendum est, an merces, seu pretium sit vilior, an verò vilissima; si primum, vtique subsistet locatio, & etiam emptio; si secundum, neutra tenebit; Neque obstare potest, si asseratur, venditionem factam cum pretio infrà dimidium adhuc subsistere, cum *in l. 2. C. de rescind. vendit.*, non dicatur absolutè nulla, sed ministerio Iudicis rescindenda, nec tamen ibi fit mentio de vili, vel vilissimo pretio, sed solummodò de pretio infrà dimidium, quod æquè compati potest, vel cum vili, vel cum vilissimo. Non, inquam, obstare potest, quia, quamuis in allegato textu fiat solum expressio, quando est læsio vltra dimidium, nihilominus regulanda res est secundum dispositionem iuris, & secundum dictamen congruæ rationis, secundum quæ modicissima, & vilissima computantur pro nihilo, & nulla in consideratione habentur.

Instantia de venditione vilissimo pretio, eiusque solutio.

Vilissima & modicissima computantur pro nihilo.

3 Dixi, *regularitèr loquendo*, propter nonnullos contendentes, quod, quando locatio fuerit ex causa necessitatis à lege introducta, subsisteret locatio propter textum *in l. si vsufructus ff. de iur. dot.*, *& ibi glos.*, quam valdè commendant *Bartolus, Baldus, & Iason in l. si quis ante ff. de acquiren. poss.*, *Baldus in rub. C. de iure emphyt.*, *Tiraquel ad l. si vnquam in verb. donatione num. 2. ff. de rescind. vend.* In dicto autem textu *in l. si vsusfructus fundo ff. de iur. dot.* sic habetur *Quidam verò remedio loco putauerunt introducendum esse, vt locet hunc vsufructum mulieri maritus, vel vendat vno nummo*, & glosa ibi exponit casum in his terminis; *Quidam extraneus dedit mihi vsumfructum fundi sui in dotem, & non fuit sibi stipulatus. Berta mihi nupsit, & tandem diuertit; vndè repetit dotem. Quæritur qualitèr eidem reddam; si enim ei cedam vsumfructum, non valet, sed reddit ad dominum proprietatis ex natura vsufructus; consulit ergo lex hæc, vt vir locet vsumfructum, vel vendat vno nummo mulieri, vt sic vir videatur rem habere, qui est vsufructuarius, & non alij cedere, sed quia mulier debet gratis rem habere sit dicta locatio, vel venditio vno nummo.* Sed hæc est specialis dispositio iuris in casu particulari, secundum quem debuit prouideri indemnitati mariti, & vxoris, qui propterea non debet extendi ad casus diuersos. Quinimmò ex prædicto textu, & glosa deducitur efficax ratio ad probandam assertionem nostram; si enim, quia mulier debet gratis habere, ideò fit locatio, & venditio vno nummo, ergo locatio facta vno nummo non constituit contractum onerosum locationis, sed gratuitum donationis, secus mulier non haberet gratis, vt habere deberet, & hoc quia modicum computatur pro nihilo.

Exceptio ad casum eiusque, explicatio.

Textus potius comprobat responsionem quam lædat.

4 Respondeo secundò, quod, quantumuis ille

ille contractus non subsistat in vim locationis, non transeat tamen in rigore in naturam donationis simplicitèr, sed tantum secundum quid, quatenus habet annexam aliam rationem, nempè similem locationi, a qua tamen concessio non sumit denominationem, cum reputetur pro nihilo. In hanc responsionem propendet exprefsè *Carocius de loc., & conduct. part. 1. tit. de locatione sub modico q. 5. nu. 3. in fin.* Exprefsè colligitur ex textu *in d. l. si quis conduxerit ff. locati,* vbi sic legitur. *Quia hoc donationis instar inducit*; Ex quo sic argumentor. Quod est ad instar alterius non est propriè, & rigorosè tale. Confirmatur, quia concessio, quæ exigit aliqualem recognitionem in fauorem concedentis non est propriè, & rigorosè donatio, sed talis est illa, de qua loquimur, ergo non est propriè, & in rigore donatio. Participat tamen secundum quid & naturam donationis, & naturam locationis; illius, ratione excessus supra id, quod erogetur; istius propter illam aliqualem recognitionem; denominanda tamen est potius donatio, quia plus habet de ista, & illud modicum, ratione cuius posset dici locatio, pro nihilo computatur, & denominatio sumenda est à potiori.

Quod est cum aliquali recognitione non est in rigore donatio.

---

§. X.

An in contractu locationis locum habeat textus *in l. 2. C. de rescind. vendit.*

SVMMARIVM.

Proponitur difficultas in suis terminis. 1.
Remedium l. 2. C. de rescind. vendit. *vim habet etiam in contractu locationis.* 2.
Procedit tantum, quando conductor fuit ignorans illius excessus, & læsionis. 3.
In dubio præsumitur pro ignorantia. 4.
Si conductor promisit locatori stare conuentis, & de non inferendo litem aliquam vllo tempore super promissis, adhuc potest intentare remedium recisionis, nisi fuerit plenè certioratus. 5.

1 DIsquisitio X. In contractu locationis inito inter Fabium locatorem, & Titium conductorem in quibusdam prædijs Titius in conuentione mercedis supra dimidium debitæ, & consuetæ grauatus est, adeò vt in rigore prædia illa dare non valeant, nisi quatuor, vel quinque, & tamen locator onus imposuerit conductori soluendi duodecim. Oritur iam difficultas, an, sicuti in contractu emptionis, & venditionis, quando est læsio ex altera parte vltra dimidium, cōceditur remedium recisionis, ita hoc concedendum sit in contractu locationis, vt eueniret in casu mox exposito?

Casus explanatus in terminis particularibus

Respondeo, dictum remedium *l. 2. C. de rescindenda vendit.*, etiam habere locum in casu propositæ difficultatis in contractu locationis *Glos. in l. item, si pretiō §. 1. in l. si olei in glos. fin. C. de locato, in l. in venditione § in verbo si minoris ff. de bon. aut. Iud. possid. Baldus in d. l. 2. col. 4. qu. 3. C. de rescind. vendit. Angelus in l. maioribus C. commun. vtriusque Iud. Baldus in c. cum causam in fin. de testibus, Immola in cap. cum dilecti col. penult. de empt. & vendit., Alexander cons. 122. col. penult. vol. 1., Guido Papa sing. 736, Castrensis cons. 287. in nouiss., Hieron. Gabr. de empt., & vendit. concl. 1. nu. 19., & n. 30.*

Probatur primò hæc responsio ex ijs, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus VI. de permutatione prænot. 5. per totum*, nempè, quia talis textus *in l. 2. C. de rescind. vendit.*, quantumuis alteri ex contrahentibus sit onerosus, est tamen fauorabilis ipsi contractui, extenditur etiam ad permutationem, & ad alios omnes contractus, qui ratione affinitatis promiscuè appellari possunt emptio, & venditio, & hoc ea ratione, quia fauorabilia sunt potius amplianda, quam restringenda, sed locatio, & conductio passim in iure veniunt nomine emptionis, & venditionis, vt passim in iure *in tot. tit. ff., & C. de locato*.

Tale remedium, vtpotè fauorabile extenditur ad alios contractus, qui promiscuè dicuntur emptio, & venditio.

Dices, dictum remedium esse sub titulo de emptione, & venditione, ergo alij contractus censentur exclusi *l. cum Prætor ff. de iudic. l. maritus C. de procurat.*, quod præcipuè ex eo verificatur, quod per talem textum *in l. 2. C. de rescind. vendit.* importatur priuilegium; priuilegia autem, vtpotè stricti iuris, & discordantia a iure communi sunt strictè interpretanda, nec extendenda vltrà exprefsè concessa per allegata alibi iura. Sed contrà, quia, quamuis ponatur sub tali titulo, non est tamen, cur extendi non possit ad æquipollentia, si militet eadem ratio, præcipuè cum vterque contractus sit contractus bonæ fidei. Ad id, quod subditur, dico ad summum valere, quando priuilegia sunt ex mero beneplacito concedentis, non autem, quando innituntur naturali æquitati ad exigentiam eiusdem contractus, quia tunc, vbi eadem militat ratio, priuilegia admittunt extensionem maximè in fauorabilibus *l. 1. §. si in fraudem ff. si quid in fraudem Glosa in l. in venditione §. in verbo, si minori ff. de bon. auctoritate Iud. possid.*, & si propter paritatem rationis extenditur ad contractum permutationis, cur etiam propter eandem non poterit extendi ad contractum locationis?

Vbi militat eadē ratio, priuilegia admittūt extensionem.

Probatur secundò, quia ex superius sparsim dictis, & præcipuè *ex l. 2. ff. locati* locatio, & conductio eisdem iuribus, & regulis innititur, & regitur, quibus emptio, & venditio, ergo non est, cur etiam hoc iure *in l. 2.*

Locatio regitur ad normam venditionis.

l. 2. C. de rescind. vendit.; non debeat regi, & moderari.

3 Hæc tamen, quæ hactenus dicta sunt, procedunt tantum in suppositione, quod conductor fuerit in celebratione contractus ignorans illius excessus, & læsionis *Castrensis in l. 3. C. commun. vtriusque Iud. Alexander cons. 17. lib. 3., & cons. 1. vol. 6., Socin. cons. 48. vol. 4., Afflict. lib. feud. num. 17., Si de feud. controu. fuerit inter dom., & agnat. Tirsquel. de retract. lignag. §. 1 glos. 18. n. 24., Couaruuias var. resol. lib. 2. c. 4. num. 2.*, secus, quando præsumitur, vel ferè fuit sciens, quia contrahendo cum tali scientia supponitur liberè remisisse iuri suo in ordine ad excessum, vndè, si in instrumento apponatur clausula ex certa scientia &c. non competit conductori hoc remedium *Baldus in d. l. 2. quæst. 8. C. de rescind. vendit., Alexander cons. 42. col. 3., Iason in l. fin. §. idem quæsiuit col. fin. ff. de condit. indeb.*, in dubio autem de scientia, vel ignorantia conductoris præsumendum est potius pro ignorantia, sicque tale remedium eidem conceditur *Baldus in d. l. 2. in 6. q. C. de rescind. vendit., Ioann. de Immol. in l. si quis cum alter ff. de verb. oblig., & in c. penult. de empt., & vendit.*, & ad hoc facit textus *in l. cum de indebito in princip. ff. de probat.* Cessat tamen præsumptio ignorantiæ, si conductor fuit per prius versatus in bonis conductis, similitèr, si coluit agros vicinos, cum vicinus præsumatur scire factum vicini *Dec. cons. 583. in terminis locati, & conducti, Socin. cons. 58. vol. 1., Cagnolus ad l. 2. n. 125. C. de rescind. vendit., Fabian. de Mont. q. 8. n. 20.* Similitèr, si conductor conduxerit prata vicina pro cōmoditate pasculi; arguitur etenim scientia ex vicinitate propter allegatas rationes, & DD.

In dubio præsumitur pro ignorantia.

4 Fallentia eorum, quę dicta sunt de præsumptione ignorantiæ.

Hic suboritur difficultas, an, si in celebratione contractus apposita sint illa verba in instrumento, quæ sunt solita apponi. Promisit dictus conductor dicto locatori de supradictis bonis locatis litem aliquam, aut quæstionem vllo tempore non inferre, nec inferenti consentire aliqua ratione, vel causa, præsentem contractum, & omnia, & singula semper firma, grata, & rata habere, tenere, attendere, & conseruare, & in aliquo vnquam non contra facere, vel venire aliqua ratione, vel causa de iure, vel de facto sub pæna refectionis dupli. Quibus omnibus, & singulis, & exceptioni doli, in factum actioni, conditioni sine causa, seu non vera, iusta & non legitima causa, omnique fictioni, & simulationi, deceptioni, læsioni &c., & omni remedio appellationis, & nullitatis renuntiauit; an, inquam, si apposita fuerint, cesset eidem conductori remedium *dicta l. 2. C. de rescind. vendit.* Responderem adhuc non cessare, nisi ipse conductor fuerit plenè certioratus de dicto beneficio sibi competente *Alexander cons. 1. lib. 6. nu. 3., Baldus in d. l. 2. in 3. qu. arg. d. l. cum indebito §. 1. ff. de probat., Ioann. de Immola in d. c. penult. de empt., & vendit.*; vndè iure merito hic exclamat *Carocius de loc., & conduct. part. 1. tit. de rescind. d. vendit. nu. 8 vers. contraria tamen opinio*, quod notarij apponunt clausulas in instrumentis locationis, quas ignorant, & sæpius ligant ignorantes. Ratio ex eo deducitur, quia, sicuti certioratio requiritur in Velleiano, & statutis omnibus notis, cur non de alijs clausulis etiam peritis incognitis? Ita ad verbum idem Carocius. Maximè ad hoc facit, quod afferunt *Hostiensis in summa in tit. de fideius. §. mulier, vers. idem est Archi Diaconus, & Ioannes Andraas in c. quamuis de pactis in 6.* scilicet omnia iura afferentia quemcunque posse renuntiare iuribus inductis in fauorem suum, debere intelligi, si renuntians fuerit certioratus de iure sibi competenti; quinimmò ad hoc, vt cum effectu tollatur remedium *d. l. 2. C. de rescin. vend.* non sufficere renuntiationem generalem docet *Alexander cons. 1. num. 6. lib. 6., Baldus in d. l. 2. C. de rescind. vendit. quæst. 5.*, quia non sufficit generalis renuntiatio, vbi ratione ignorantiæ prouidetur *l. 1. ff. si quis in ius vocatus non ierit l. cum Aquiliana ff. de transact.* Vlterius *Bartolus in l. si quis cum aliter ff. de verb. obligat. in fin.* afferit, quod non sufficiat simplicitèr renuntiare exceptioni doli, nisi exprimatur de tali lege, Neque obesse potest, quod talis renuntiatio videatur esse specialis, quia facta est mentio de læsione, & deceptione, vbi videtur cogitasse de tali læsione, & deceptione *arg. l. qui iure militari ff. de testam. milit. DD. in l. sub prætextu specierum C. de transact.*, non, inquam, obesse potest, quia requiritur, quod talitèr renuntietur, quod appareat, ignorantiam non impediuisse mentem renuntiantis quoad effectum, sicque requiritur certioratio. Deinde dici etiam potest cum *Bartolo, Baldo, & Saliceto in l. fin. §. idem quæsiuit ff. de condit. indeb.*, quod, sicuti quando quis per errorem soluit indebitum, quantumuis in contractu fuerit apposita hęc clausula, dictus soluens, & promittens renuntiauit conditioni indebiti, sine causa actioni in factum, & omni auxilio, non per hoc excluditur à remedio conditionis indebiti, quia error, qui fuit in principali solutione, & promissione fuit etiam in dicta renuntiatione *l. doli vers. diuersum ff. de donationibus*, ita, quando quis promisit soluere supra id, quod debitum est cum læsione supra dimidium, quantumuis renuntiauerit per illas clausulas, non propterea excludetur à tali remedio *l. 2. C. de rescind. vendit.* Vndè aliqui consulunt in instrumento apponi ad excludendum tale remedium hæc verba. Talis sciens se non teneri promisit, seu soluit.

Notarij apponāt clausulas quas ignorant, & ligant ignorantes.

Non sufficit renuntiare exceptioni doli, nisi exprimatur de tali lege.

5

§. XI.

An læsio sit consideranda tempore contractus.

SVMMARIVM.

1 DIsquisitio XI. In locationis celebratione, qua per Titium fuerunt nonnulla prædia concessa Antonio fuit grauatus Antonius ad soluendum centum in singulos annos. Durante termino talis locationis deprehensum fuit, mercedem, qua fuit oneratus Antonius, excedere vltra dimidium id, quod consequitur ex talibus bonis locatis, sicque grauatus contendebat, vti remedio *d.l.2. C. de rescind. vendit.* Excipiebat locator, quod pro tempore, quo facta fuit concessio, res concessa erat tanti valoris, & proportionatos fructus redderet; quod si postea, vel ex defectu conductoris, vel ex casu inopinato res illæ factæ fuerint deteriores, non propterea conferant ius conductori ad tale remedium, sed ad summum ad congruam remissionem. Quæritur iam quid iuris? hoc est, an læsio, adhoc, vt conferat ius ad tale remedium, sit consideranda tempore contractus, an verò sufficiat, quod consideretur, pro tempore intermedio, quo durat talis locatio.

Facti series in suis terminis particularibus.

2 Respondeo in ordine ad tale remedium requiritur, vt læsio consideretur pro tempore, pro quo fuit celebratus contractus. *Romanus in d.l.2.col.3.vers. vidimus perfectè, Baldus col penult. vers. ex his apparet, Salicetus col.8.q.18.C. de rescind. vendit., Immola in c. cum dilecti in 2. not. de empt., & vendit., Socin. cons.48.col.1.vol.4. Crauetta cons.151. col.2., Ruinus cons.35.col.16.vol.1., Pinellus de rescind. vendit. part.3.lib.2.cap.fin.num.2., Bartolus in l.3.§. diui ff. de iure fisci, Alexander in l. pretia rerum ff. ad leg. falcid., Guido Papa decis.157.*

Probatur, quia, quando contractus celebratus est secundum debitas, & proportionatas qualitates, & conditiones, & ad æqualitatem requisitam ad naturam talis contractus, non est, cur ex consequentibus non obuenientibus ex culpa concedentis debeat irritari, seu rescindi, ergo læsio consideranda est pro tempore, quo fuit contractus celebratus, non si obueniat ex consequenti sine culpa locatoris. Antecedens probatur, quia secundum tempus contractus actio formatur, & condemnatio moderatur *l. Pomponius ff. de neg. gest. l. si voluntate C. de rescind. vendit.*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem contractus tunc vim sortitur, quando res traditur, & merces stabilitur accedente vtriusque contrahentis consensu.

Secundũ tempus contractus actio firmatur, & condemnatio moderatur.

Probatur secundò, quia celebrato contractu locationis secundum omnia substantialitèr requisita, si postea ob superuenientem sterilitatem fundus locatus nõ reddat fructus proportionatos, sed longè minores, & cum læsione vltra dimidium per superiùs dicta nõ datur locus recisioni contractus, sed remissioni pensionis ad ratam, ergo quia contractus inspici debet pro tempore, quo celebratur, non pro tempore subsequenti, quantum ad effectum recisionis. Confirmatur etiam ex ijs, quæ superius dicta sunt, nam, si ex casu fortuito res locata deterioretur, conductor non habet actionem aduersus locatorem, nisi ad proportionatam remissionem, ergo &c. vndè benè monet *Antonius de Padil. in d.l.2.n.7. C. de rescind. vendit.*, vt sint contrahentes cauti in concipiendo libello, & articulis, vt fiat relatio ad huiusmodi tempus contractus *Angelus, & Salicetus in l. si voluntate, & Castrensis in l. ad rescindendum C. de rescind. vendit., Angelus cons.512.col.3.vers. ad illud autem, Iason cons.54. col. fin. lib.1., Lamberteng. de contract. mulier. glos.5. in fin. nu.21.* Non negauerim tamen, quod, si fieret articulus de aliquibus diebus ante, & post, & post aliquot menses etiam, sufficientèr concluderetur ad effectum talis recisionis, dummodò post celebratum contractum, postque aliquod temporis non successerit causa mutationis, & alterationis euidentèr, *Baldus in d.l.2.nu.28., Castrensis num.4. in fin. C. de rescind. vendit., Veronus de simulat. contractus num.30.*

Rationibus iam firmatis antecedenter euincitur respõsio.

Hic nonnulli inquirunt, quænam pensio dicatur iusta ad eum effectum, vt dignosci possit, quandonam læsio fuerit vltra dimidium. Quatuor potissimas, & principaliores opiniones hac in re adinuenio. Prima est *Romani cons.423.*, asserentis eam iustam dici, quæ est solita, & consueta. Secunda est *Veronensis de simulatione contractus præsumpt.3.nu.33.* asserentis iustam dici habito respectu ad fructus, & reditus, qui percipiuntur ex re locata. Tertia est *glosa fin. in l. perpetua in verb. iusta C. de Sacros. Eccles., & aliorum*, asserentium pensionem iustam eam dici, quæ in viginti annis valorem rei conficit. Quarta *Bursati cons.11.n.21.lib.1., & aliorum*, asserentium eam iustam dici, quando redduntur quinque pro centenario. Sed quia in ordine ad diuersas res potest esse diuersa æstimatio iusta, & pro rebus quantumuis pretiosis quandoque nonnisi modicæ pensiones, & quidem iustè, retribuun- 3

Quadruplex opinio circa iustam æqualitatem pensionis.

Probabilius æqualitas desumenda est secundum consuetudinem habito respectu ad valorem rei.

buuntur, ideò hac in re sentio recurrendum ad consuetudinem habita tamen consideratione rei, quomodò sit solita locari de solito, vel aliæ res similes, & generalitatis loci, & ad communem vsum fori, secundum quem solent pretia rerum taxari. Dixi, *pro rebus quantumuis pretiosis quandoque iustè retribuuntur modicæ pensiones*, propter palatia, & domos, quæ, quamuis in se multum valeant, pro modica pensione locantur potissimum, si in tali loco non fuerit affluentia populi *l. fin. §. fin autem C. de bon. quæ lib.*; vnde ibidem Baldus asserit, quod domus pretiosæ sint steriles, quia redditus non respondent pretio earum.

---

§. XII.

An detur etiam locus recisioni, quantumuis contrahentes iurassent non venire contra contractum.

SVMMARIVM.

Facti series, & nonnulla considerabilia circa ipsum. 1.

Conductor, si fuerit maior, & ex non exceptis adhibito iuramento de non contraueniendo contractui non potest vti tali remedio. 2.

Intercedente geminatione consensus maior non vtitur remedio l. 2. C. de rescind. vend. 3.

Clausula ex certa scientia tollit remedium recisionis. 4.

Obiecta aduersus assertionem, eorumque solutio. 5.

Posito tali iuramento probabilius, nec agere potest ad remissionem pensionis. 6.

Conductor, si fuerit minor, mulier, vel rusticus adhibito iuramento de non contraueniendo potest adhuc vti remedio recisionis. 7.

Intellige, nisi fuerit certioratus. Ibid.

Vera sunt quoad minorem, vt possit etiam vti tali remedio quantumuis per iuramentum cesserit non solum defectui ætatis, sed etiam cuicunque solemnitati. 8.

Fallit tamen, quando iuramentum est cum certioratione. 9.

Si minor, vel mulier fuerint læsi quoad mercedem, & locator velit remittere de pensione ad æqualitatem potest adhuc velle recisionem. 10.

Minor, seu mulier iurati agentes ad recisionem propter læsionem congruentius debent petere absolutionem à iuramento. 11.

1 Exponitur status controuersiæ.

Disquisitio XII. In contractu locationis, de quo dictum fuit in duobus præcedentibus disquisitionibus ad maiorem firmitatem eiusdem additum fuit per ipsos contrahentes iuramentum de non contraueniendo eidem contractui, nec conditionibus in eodem appositis. Cognita postea læsione vltra dimidium conductor adhuc contendebat ab eodem recedere, & vti remedio *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* Quæritur iam quid iuris?

Consideratio qualitatis personarū, circà quas potest decidi quæstio.

Pro solutione nonnulla sunt consideranda, & primò personæ contrahentium, an scilicet fuerint ex non exceptis in iure, an verò mulieres, minores, & rustici, in quibus, vel ob sexus conditionem, vel ob ætatis imbecillitatem, vel ob cognitionis defectum præsumi potest ignorantia eorum, quæ fiunt. Secundò, an in tali contractu præcipuè in ordine ad easdem mulieres, minores, & rusticos intercesserit certioratio iuris, quod ex dispositione legali posset sibi competere, an verò præcisè præcesserit iuramentum sine certa scientia, aut certioratione, de qua constet in instrumento. Tertiò ex suppositione, quod non obstante iuramento præstito possit quis procedere ad tale remedium recisionis, an debeat prius petere absolutionem à iuramento, an verò immediatè possit ad illud deuenire.

Respondeo primò, si conductor fuerit maior, & non ex exceptis in iure, quatenus, nec ratione ætatis, nec status, nec sexus impediatur ad liberè contrahendum adhibito iuramento de non contraueniendo contractui probabilius est, non posse gaudere priuilegio *l. 2. C. de rescind. vendit.*, *Bartolus in d. l. 2. n. 9., & ibi Salicetus q. 10., Albericus n. 9., Castrensis n. 15. C. de rescind. vend., Socin. cons. 48. col. 1. in fin. vol. 4., Alexander cons. 133. col. fin. vol. 5., Anton. Gabr. de empt., & vendit. n. 68. concl. 1., Cagnol. in l. si quis maior num. 36. C. de transact., Curt. Sen. cons. 34. col. penult., Emanuel in suo thesauro lit. L. n. 150., Caccialup. in tract. de transact. quæst. 12. col. 4.* 2

Evincitur ex pleniori deliberatione.

Ratio primò esse potest, quia iuramentum in habente plenum ius, & plenam deliberationem inducit præsumptionem maioris deliberationis, ac quando contrahit simpliciter sine iuramento *Antonius Butrius, & Immola in c. si diligenti de for. compet. Archidiaconus in c. 2. de pactis in 6., Alexander in rub. de verb. oblig. in fin., & in cons. 42. col. 4. vol. 1.* cum in iure cautum sit, quod vbi maius sit periculum, ibi cautius sit agendum *c. vbi periculum de elect.*, supposita autem matura deliberatione non videtur liber ad recedendum, cum supponatur cedere cuicunque sui præiuditio.

Ratio secundò esse potest, quia iuramentum habet vim geminationis *Abbas in cap. cum contingat col. 2. de iur. iuran., Alex. in rub. de verb. obligat., Gomez in §. item si quis postulante col. 4. post n. 8. Instit. de act.*, & plerique docent, quod, si pacto nudo fuerit adiectum iuramentum, pariat actionem, quia pactum nudum vestitur iuramento, quod facit illud producere actionem, sicq; 3

iura-

Iuramĕtum habet vim geminationis. iuramentum parit geminationem, sed quando est consensus geminatus non conceditur *remed. d. l. 2. C. de rescind. vend.*, vt expresè docent *Marsil. in l. 1. §. quæstionis num. 20. ff. de quæst.*, *Crauet. cons. 114. col. fin.*, *& cons. 151. col. item fin.*, *Ruin. cons. 16. col. 2. vol. 4.*, *Socin. cons. 48. col fin. vol. 4.*

4 **Iuramĕtum in maiore habet vim clausulæ ex certa scientia.** Ratio esse potest tertiò, quia iuramentum in maiore, & alijs non exceptis a iure habet vim clausulæ ex certa scientia *l. sed, & si quis § fin ff. caut.*, *Bartolus in l si dari ff. de verb. obligat.*, *Alexander in cons. 42. vol. 1. Decius in l. in totum omnia n. 4 ff. de reg. iuris*, sed intercedente clausula ex certa scientia remedium recisscionis ex vi *l. 2. C. de rescind. vendit.* non potest suffragari *Bertrand. cons. 147. col. 2. vol. 1.*, *Ruin. cons. 167 n. 24. vol. 2.* vndè asserit *Seraph. tract. de priuil. iuram. priuil. 90. num. 3.*, quod si per maiorem vendentem iuratum fuerit, etiam si deceptus vltra dimidium, nec certificatus fuerit de dicto benefitio *l. 2. C. de rescind. vendit.*, non possit per eundem allegari error, quamuis alias iuris error nemini in damnis euitandis soleat nocere *l error ff. de iuris, & fact. ignor* & hoc propter iuramentum, ex cuius priuilegio, & virtute videtur renuntiasse dicto remedio *DD. in c. penult. de empt., & vendit.*, *Alexander cons. 133. col 3. vol. 5.*

5 **Obiecta nonnulla aduersus responsionem.** Neque his, quæ dicuntur in hac responsione, obesse potest primò si dicatur aduersarijs, quę dicta sunt in præcedenti disquisitione, nempe non tollere remedium recisionis quamcunque renuntiationem doli, læsionis &c., nisi constet de certioratione. Secundò, si dicatur, in hoc apparere manifestam inæqualitatem, quam tollere non potest iuramentum, nam sicuti, vt ibi dictum fuit, quod, qui per errorem promisit, & soluit indebitum, quantumuis renuntiarit conditioni indebiti, non priuatur priuilegio conditionis indebiti, quia error, qui fuit in principali promissione, & solutione fuit etiam in dicta renuntiatione, ita etiam, qui promisit in contractu suprà debitum, quantumuis renuntiarit, & iurarit de non contraueniendo non videtur priuandus priuilegio recisionis, quia eadem ratione error, qui fuit in promissione fuit etiam in iuramento. Non, inquam, obesse potest, non primum, quia maioris efficacitatis est iuramentum, quam generalis renuntiatio, cum in maiore importet plenam deliberationem, geminationem, & certam scientiam saltem præsumptiuè, & æquiualentèr, non sic autem renuntiatio generalis, quæ potest esse cum ignorantia; Non secundum, quia, quantumuis re vera sit illa inæqualitas, si consideretur in ordine ad cōtractum locationis præcisè, quam certè non tollit iuramentum, non propterea confert ius ad recisionem contractus, quia illi inæqualitati præsumitur conductor libere cedere ex scientia, cum iuramentum in maiore, alijsque in iure non exceptis æquiualeat clausulæ ex certa scientia. Excipiendum tamen est in casu, quo iuramentum dolo, vel metu esset a conductore extortum *Crauett. cons. 141. num. 27.*

Efficacius est iuramentū, quam generalis renuntiatio.

Est præsumptio liberæ cessionis.

6 **Opinio asserens non posse agere ad remissionem pensionis.** Quamuis autem posito iuramento respectu conductoris maioris grauati locus non sit ex mox dictis recisioni contractus, seu dicto remedio *l. 2. C. de rescindenda vendit.* cōtendunt hic aliqui, an saltem sit locus ad remissionem iniustæ pensionis, & quidem prima fronte videtur negatiuè respondendum, quia ex quo iurauit non contrauenire contractui, videtur etiam implicite iurasse non contrauenire conditionibus, qualitatibus, & modis, secundum quos fuit celebratus. Nihilominus probabilitèr sentiendum existimant adhuc conductorem posse agere ad remissionem iniustæ pensionis, *Felinus in cap. inter cæteras col. fin de rescript.*, *Aret. in §. 1 num. 22.*, *Institut. de hæred. institut.*, *Iason in l. vbi pactum num. 3. C. de transact.*, *Burgos. in cap cum causa num 40. de empt.*, *& vendit. Socin. in l. is, qui ducenta §. vtrum num. 1. ff. de rebus dub.*, quia non agit principalitèr ad recisionem contractus, eodem iuramento promisit non contrauenire contractui præsumitur se obligasse non contrauenire quoad substantiam, non autem quoad quantitatem, si in ea fuerit læsus. Quid igitur quoad hoc concludendum? Probabiliorem existimo opinionem asserentem, nec posse agere ad remissionem iniustæ pensionis, *Cagnolus in dict. l. 2. num. 95, C. de rescind. vendit.*, *& ibi Anton. de Padil. sub num. 32.*, *Aries Pinel. part. 3 c. 1 num. 6.*, *Coaru. in c. quamuis part 3. § 4. num. 8.*, non solum propter eam rationem, quam suprà attigimus pro prima parte, sed etiam, quia ex dictis ex eo, quod cum plena deliberatione iurauit, supponitur cessisse cuicunque suo iuri liberè. Accedit, quod ratione iuramenti supponitur cogitasse de omni modo controueniendi, & sic, si contrauenirет, offenderet in hoc iuramenti Religionem.

Qui asserāt posse agere ad talem remissionē

7 Respondeo secundò, si conductor fuerit minor, mulier, vel Rusticus regularitèr loquendo adhibito iuramento de non contraueniendo contractui potest adhuc, vti remedio dictæ *l. 2. C. de rescind. vendit.*, nisi fuerint certiorati *Glos. in d. l. 2.*, *& ibi Bartolus col. 2. vers. quid si minor ibique Baldus q. 9. Castrensis col. pen.*, *Salicetus col. 4. C. de rescind. vendit.*, *Curtius cons. 53. col. 3*, *Alexand. cons. 89. col. 4. vol. 2.*, *Iason cons. 133. col. 10. vol 5.*, *Socin. Iun. cons. 144. lib. 1.*, *Roland. cons. 7. num 52. vol. 3.*, *Alexander in l. stipulatio hoc modo concepta num. 53. ff. de verb. obligat.*, *Fab. de empt.*, *& vendit. qu. 8. num. 17.*

Ratio esse potest primò quoad mino-

rem,

rem, quia minor simplicitèr iurat de non contraueniendo contractui per se celebrato, nihilque exprimit in tali iuramento, vel de minori ætate, vel de defectu alicuius solemnitatis, vel rationis pertinentis ad contractum, solum rapræsentat maiorem, & validat contractum alias inualidum ratione minoris ætatis, *Alexander d.cons.89. col.4.num.11.lib.2.*, *Bartolus in dict. l.2. col.3., & ibi Paulus de Castro C. de rescind. vendit.*, *Riminald. Iun. §. 1. post num.250. Instit. quib. alien. lic. vel non*, vbi plures refert, & commendat, ergo non est præsumendum referri ad alia pertinentia, vel ad solemnitates, vel ad alias rationes, adeoque quoad illas poterit adhuc agere. Antecedens probatur, quia, quando aliqua dispositio potest ad plura adaptari, debet adaptari ad casum magis expedibilem, & necessarium *l.gallus §. quidam rectè ff.de lib., & post l. cum ita §.fin., & l.pero §.fratre ff. de leg.2.*, sed magis est expedibile supplere defectum ætatis, & magis necessarium ad validitatem actus; maior etenim est defectus ætatis, quam solemnitatis omissio, cum hæc sit iuris ciuilis, defectus verò ætatis iuris naturalis, ergo &c.

Minor per iuramentum solum validat cõtractũ aliàs inualidum ratione ætatis.

Dispositio adaptatur casui magis expedibili.

Dices primò, illud iuramentum est latum simplicitèr sine vlla restrictione, ergo est simplicitèr intelligendum, prout extenditur ad quoscunque defectus *l.non hoc vndè cogna. l. neque natales C.de probat.* Sed contra, quia, cum renuntiatio, quæ fit per iuramentum, sit stricti iuris, non est extendendum vltrà magis expedibilia, & est præsumptio, quod iuramentum in minore tendat ad supplendum defectum ætatis, quia præcipuè in hoc capite posset esse ratio dubitandi in celebratione contractus; ex qua specialitèr videtur exigi illud iuramentum.

Renuntiatio nõ est extendenda vltrà magis expedibilia.

Dices secundò, ex eo, quod defectus ætatis sit impeditiuus contractus ex iure naturali, omissio verò aliarum solemnitatum ex iure ciuili, argui, quod potius iuramentum tendat ad conualidandos defectus aliarum solemnitatum, quam defectus ætatis, quandoquidem in ijs, quæ iuris naturalis sunt, non intelligitur renunciatum, nisi expresse fuerit actum. Sed contra, quia, cum appareat de defectu ætatis euidentèr, & non ità claré de alijs defectibus solemnitatum, seu rationum, videtur potius iuramentum referri ad conualidandum defectum illum apparentem, quam alios, & ex eo, quod ille sit iuris naturalis, & magis necessarius principalius videtur cadere sub iuramento, & esse magis intentus.

Defectus naturalis apparet, nõ sic alij defectus solemnitatum.

Dices tertiò, dispositio generalis nunquam refertur ad defectum personæ, quia specialitas maior est, & dicitur potius respectu personæ, quam causæ, vel alterius rei *l. 1. ff. de stat. homin.*, *Decius cons. 3. col. 2. in princip.*, vndè docent *Specul. in tit. de leg. §. nunc ostendendum vers. 18.*, *Aret. cons. 8. col.2. vers. tertio loco*, quod clausula *supplentes omnes defectus*, non suppleat defectum personæ, sed defectum solemnitatis non seruatæ, & eorum, quæ sunt iuris ciuilis. Sed contra, quia ea, quæ dicuntur, vera sunt, quando in celebratione contractus non apparet de defectu personæ, vel extare potest dubietas de eodem defectu, quia tunc, dum requiritur talis cautio iuratoria, videtur specialitèr requiri ad tollendum talem defectum, de quo apparet, vel de quo potest esse controuersia, cum cautiones potissimum exigantur in ordine ad defectus, qui cognoscuntur posse obuiare validitati contractus.

Apparẽte defectu personæ iuramentũ videtur adhiberi ad ipsum sanandum.

Dices quartò, ex dictis in præcedenti responsione maior iurans de non contraueniendo contractui simplicitèr non potest vti remedio recisionis, nec agere ad remissionem proportionatæ mercedis, quantumuis fuerit læsus vltrà dimidium, ea potissimum ratione, qua renuntians cum iuramento videtur cessisse omnibus iuribus suis in ordine ad quodcunque remedium, ergo etiam minor sic renuntians cum iuramento cedendo iuri ætatis videtur cedere omnibus alijs quibuscunque iuribus, quia, sicuti ille iurans de non contraueniendo simplicitèr non solum cedit substantiæ, sed etiam quibuscunque modis, ita iste iurans non solum præsumendus est cedere defectui ætatis, sed etiam quibuscumque alijs. Deindè cesso per iuramentum ætati minor quoad effectum factus est maior, ergo, sicuti si maior per iuramentum cesserit cuicunq. priuilegio, & sub illo promiserit stare contractui, non potest amplius vti tali remedio, nec poterit minor iam effectus maior per iuramentum eodem vti. Sed contra neganda est consequentia absolute, tum quia cessio cum iuramento facta a maiori non potest ad aliud extendi, quam ad defectus solemnitatum, cessio verò facta a minori simplicitèr sine vlla expressione congruentius extenditur ad taxandum defectum ætatis, quo non indiget maior, & licet iuramentum secundum se aptum sit tum ad sanandos defectus ætatis, tum solemnitatum, nihilominus attenta qualitate personæ minoris, ex qua manifestè elucet defectus, videtur specialitèr ad ipsum ordinari; tum quia in maiori supponitur plena deliberatio, & certa scientia, & geminatio absoluta, quæ non ità facilè supponitur in minori, in quo licet geminatio ratione iuramenti videatur interuenire, non interuenit tamen absolutè, sed dumtaxat in ordine ad effectum supplementi ætatis. Ad illud, quod subditur, dico, quod per iuramentum quidem fictione iuris fiat maior, non tamen secundum se verè, & realitèr; ex quo

Argumẽta ex aduerso opposita.

Per iuramentum fictione iuris solummodò fit maior.

quo sequitur primò, quod non per hoc conferatur plena deliberatio, scientia, quæ secundum se non est. Secundò discrimen, quod intercedit inter maiorem iurantem, & minorem; nam maior non potest cedere, nisi defectui solemnitatum, vt suprà; minor autem, & defectui ætatis, & omissioni solemnitatum, & sic cessio, vtpotè stricti iuris videtur referri ad ætatem, vt potè ad magis expedibilem, & magis necessariã, vt supra.

Non cõfert plenã deliberationem, & scientiam.

8 Hic oritur difficultas, quid dicendum esset, si minor per iuramentum non solum cederet defectui ætatis, sed etiam omissioni cuiuscunque solemnitatis, & alterius cuiuscunque rationis, an scilicet eo non obstante posset adhuc vti tali remedio *l. 2. C. de rescind. vendit.* Communior sententia docet, in ea hypothesi non posse vti tali remedio *Alexander cons. 17. col. 1. lib. 3., Haimo cons. 7. col. 2., Altiatus in cap. cum contingat. num. 133. de iur. iurand., August. Barb. in c. 1. n. 155. de restit. in integr., Abbas cons. 31. l. 2., Deci. cons. 349. n. 5. in fin., & n. 6., Paris. cons. 96. lib. 1, Ruin. cons. 212. n. 6. lib. 1.* Nihilominus, nisi præcederet certioratio, non faciliè adhærerem communi huic assertæ opinioni, quia non supponitur illa plena deliberatio, nec æquiualentèr certa scientia, sicuti præsumitur in maiore, adeoque illud iuramentum non est præsumendum extendi, nisi ad ea, quæ de facili respectu minoris possunt innotescere.

Ratio esse potest secundò quoad mulierem, quia, vel agimus de muliere minore viginti quinque annorum, vel de eadem eosdem excedente; de eadem primo modo sumpta vix potest esse ratio dubitandi stantibus ijs, quæ in præcedenti probatione dicta sunt de masculo minori, potissimum, cum mulier ratione sexus sit infirmioris consilij, & immaturioris deliberationis; De eadem secundo modo sic euincitur, nam, vel versamur, vbi statuto cautum est, ne mulier per se contrahat sine assistentia, & assensu proximiorum, & tunc recurrunt omnia argumenta supra facta de minori, quandoquidem iurando videtur iuramentum referri ad actum magis expedibilem, & necessarium, sicque ad supplendum illum defectum incapacitatis ad contrahendum ortum ex dispositione iuris, vel versamur quoad mulierem simplicitèr nullo iure supposito, quod inhabilitet, & tunc hæc ratio procedit, quia in mulieribus, quantumuis maioribus non præsumitur tanta deliberatio, nec tam salubris animi motus, vt præsumatur ipsius renuntiatio, quantumuis fuerit cum iuramento, extendi ab ignorata, & inexcogitata, præcipuè, vbi agitur de damno vitando, vt optimè notat *Corneus in c. penult. n. 15. de empt., & vendit.*, mulier autem supponitur ignorare hoc remedium sibi competere, ex quo alitèr certiorata non est, quinimmò etiam in dubio non debet præsumi certiorata, quia solemnitas extrinseca non præsumitur *l. 2. §. fin. ff. de public. DD. in l. sciendum ff. de verb. oblig.*, & licet dicatur, quod ignorantia iuris nunquam præsumatur, nisi probetur, fallit tamen in muliere, & minore *l. cum de indebito ff. de probat.*, quod etiam nonnulli extendunt ad maiorem, quando agitur de damno vitando, non autem de lucro quærendo, vndè optimè afferit *Corneus loc. quo suprà*, quod licet pateat in instrumento, quod renuntiarit, & iurarit non contrauenire, non præsumatur tamen, quod certificata iurarit, quia hoc, quod sit certificata est solemnitas extrinseca, quæ ex allegatis non præsumitur; Neque obesse potest, si dicatur, quod ad iurãdum, cum quis facilè non veniat, præsumatur certificatus in eo, de quo quis iurat; Non, inquam, obesse potest, quia iuramentum supponitur solummodò extendi ad cogitata, non ad ignorata, cuiusmodi est respectu mulieris ius recisionis *ex vi l. 2. C. de rescindenda vendit.*

De muliere minore militãt omnia argumẽta, quę de masculo minori

In muliere nõ præsumitur salubris, & matura delibe ratio.

Ignorantia iuris præsumitur in muliere.

Iuramẽtũ extenditur ad cogitata, nõ ignorata.

Ratio esse potest tertiò quoad rusticos, quia in eisdem militare videtur eadem ratio, quæ militat in minoribus, & mulieribus, vndè rusticus, mulier, & minor quoad hunc effectum æquiparantur *l. cum de indebito ff. de probat.*, sicque rationes, quæ non obstante iuramento fauent mulieribus ad agendum ad recisionem, fauent etiam rusticis, vndè non est, cur in hac probatione ad vlteriora procedamus.

Mulieres, & rustici æquiparantur.

Dixi, *nisi fuerint certiorati*, nam iuramentum cum certioratione excludit à beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* nec non alijs beneficijs eidem iuranti competentibus *DD. in l. sciendum ff. de verb. obligat., Alciat. reg. 1. præsumpt. 42., Cagnol. in d. l. 2. num. 100. C. de rescind. vendit., Dinus cons. 5., Cin. in d. l. 2. qu. 6., Butrius in c. penult. de empt., & vendit.*, vbi testatur de communi, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem, si mulier cum iuramento certiorata cedens priuilegio Velleiani non potest eodem vti per ea, quæ alibi docuimus, ità non videtur, posse vti remedio *lib. 2. C. de resc ind. venditione*, si certiorata eidem cesserit, seu renuntiarit. Hoc idem expresè afferunt *Aret. in l. si duo patroni §. idem Iulianus ff. de iur. iurand., Anchar. qu. 35. part. 1.* 9

Hic immediatè oritur difficultas, an conductor minor, vel mulier, vel rusticus, qui in conuentione quoad mercedem supponit se læsum vltrà dimidium, teneatur stare contractui, si locator velit remittere de pensione ad æqualitatem, an verò possit absolutè velle recisionem eiusdem. *Cravetta cons. 7. n. 2.* docet, quod, quando minor prætenderet se læsum non in re, sed in pretio, tunc non possit agere ad recisionem, sed dumtaxat ad remissionem mercedis æqua-

Variæ opiniones circà recisionem, vel remissionem mercedis.

æqualitatem. Natta conf. 548. n. 32. absolutè contendit, tale remedium recisionis respectu minoris, aliorumque in iure exceptorum competere. Bartolus in d. l. 2. C. de rescind. vend., & Glosa in l. in contractibus, C. quib. ex cauf. maio. distinctione procedunt, vel enim conductor petit rescindi contractum ex eo, quod in eodem fuerit læsio vltrà dimidium, & tunc erit in arbitrio eiusdem, vel restituere rem conductam, vel agere ad remissionem mercedis proportionatam ad valorem rei conductæ, vel petit rescindi cõtractum, quia fuerit deceptus in locatione rei, quatenus fuerit inductus ad conducendum aliàs non conducturus, & tunc rescinditur contractus.

11 Respondeo tertiò, in hypothesi, qua minor, mulier, vel rusticus possunt quantumuis iurati agere ad recisionem contractus propter læsionem vltrà dimidium, non ex necessitate, sed ad melius esse debent petere absolutionem à iuramento. Iuxtà hunc sensum præcisè existimo locutos *Ariem Pinellum ad l. 2. part. 3. c. 1. n. 8. C. de rescind. vendit., Alexandrum conf. 38. vol. 4., Menochium conf. 24. n. 24. vol. 1. Curt. Iun. conf. 141. n. 16., Baldum in l. 2. col. 28. ff. de iur. fif. Felin. in c. debitores nu. 9. de iur. iur.* Ratio primæ partis deducitur ex superius dictis, quia scilicet iuramentum non extenditur ad ignorata, & non cogitata, in ordine ad quæ perindè se habet, ac si non esset positum, ergo ex necessitate non indiget absolutione, non enim indigent absolui, quæ non fuerunt ligata. Ratio secundæ partis deducitur ex communi consuetudine, & praxi, de qua testantur *Curti. Iun. conf. 152. num. 9., Marsilius sibi contrarius in rubric. de fideiuss. col. 45., Ruinus conf. 170. col. 8. vol. 1., Bertrand. conf. 226. col. 1. vol. 3., Didacus var. resol. lib. 1. c. 4. num. 5., Pedamont. decis. 78., Cabal. ad const. Egidian. lib. 2. c. 22. n. 2., & ad conf., Anton. Butr. conf. 45. littera D.*, & ità testatur in omnibus Curijs practicari, & quidem non incongruè, ne quis remaneat suo iure defraudatus. Accedit, quod per petitionem talis absolutionis à iuramento tollitur quodcunq; ius locatoris, ne præsumatur conductor contraxisse cum aliqua scientia, & cessisse iuri suo scientèr.

---

§. XIII.

An in contractu à *godere à godere* interueniat locatio.

SVMMARIVM.

Tres modi, quibus potest concipi hic contractus. 1.

Contractus, quo ego tibi concedo domum meam ad habitandum, & tu tuam mihi, non est contractus locationis, sed innominatus. 2.

Et ex eo datur actio præscriptis verbis. Ibid.

Contractus, quo ego trado tibi centum nummos aureos, & tu permittis mihi habitare domum tuam, non est propriè locationis, nisi illa pecunia antecedentèr per me soluta, fuerit soluta ad effectum, vt successiuè cadat pro pensionibus. 3.

Contractus, quo ego tibi loco omnes operas meas hodiernas, vt tu referas tuas crastinas, non est locationis, sed innominatus. 4.

Disquisitio XIII. Hic contractus dupliciter, quinimmò tripliciter potest iniri. Primò v. gr. ego commodo tibi domum meam ab habitandum, & tu tuam mihi. Secundò, quatenus ego mutuo, seu trado tibi quinquaginta nummos aureos, & tu permittis mihi habitare domum tuam. Tertiò, quatenus ego tibi hodie loco omnes operas meas hodiernas in tui obsequiũ, & famulatum cum onere, vt tu in mei obsequium præstes tuas crastinas. Hic iam quæritur, an in his tribus modis contrahendi proprie interueniat locatio, & conductio, & hoc ad eum effectum, vt dignoscatur, quænam actio ex illis consurgat. 1 Modi, quibus potest esse contractus à goder à goder.

Respondeo primò, in primo modo contrahendi propriè non interuenit contractus locationis, sed ad summum contractus innominatus, ex quo consurgit actio præscriptis verbis *Carocius tract. de locat., & conduct. part. 1. tit. promissio locandi à goder à goder q. 4.* Ratio ex eo deducitur, quia ad rationem locationis propriè requiritur, vt interueniat res locata, & merces formalitèr, quinimmò in pecunia numerata per ea quæ latè superiùs probata sunt, sed in ea hypothesi propriè non interuenit pecunia numerata, quinimmò nec merces, vt ex se patet, cum interueniat solummodò vsus pro vsu, ergo nec propriè locatio, nec conductio. Hæc veritas expresè habetur *in l. si rem inspiciendam §. si cum vnum ff. de præscriptis verbis*, quam singularem dicit *Romanus sing. 39.* 2 Non interuenit merces formalitèr in pecunia numerata.

Probatur secundò, quia non est assignabilis contractus alius nominatus à contractu locationis, & conductionis, sub quo possit contineri formalitèr ille contractus, de quo agimus, ergo, cum ex probatis propriè non sit contractus locationis, & conductionis, debemus asserere comprehendi inter contractus innominatos. Antecedens probatur, quia non potest esse primò contractus emptionis, & venditionis, quia de conceptu formali istius est primò, quod interueniat pretium proprijssimè sumptum, secundò, quod transferatur in emptorem dominium rei venditæ; neutrum autem interuenit in contractu exposito. Secundò, non est assignabilis contractus permutationis, Exponitur, quod nõ possit esse alius cõtractus ab innominato excludẽdo omnes nominatos.

quia etiam de ratione istius est, quod dominia rerum transferantur. Tertiò, nec contractus emphytheuticus, quia non est sub onere certæ pensionis, nec cum translatione vtilis dominij. Non tandem contractus mutui, quia etiam per hoc transfertur dominium, & proprietas plena, quæ non euenit in casu nostro.

Non oritur actio propria, sed communis.

Ex quibus omnibus sequitur, quod non oriatur actio, nisi præscriptis verbis, quod sic euincitur, quia actiones propriæ non oriuntur, nisi ex contractibus nominatis, sic actiones ex empto, nonnisi ex contractu emptionis, ex locato, nonnisi ex locatione, pro socio, nonnisi ex contractu societatis, & sic de cæteris, ergo, cum contractus, de quo agimus, non sit nominatus, non potest oriri actio propria, sed tantum communis, quæ dicitur actio præscriptis verbis.

3 Respondeo secundò. In secundo modo contrahendi supra exposito in facti serie, nec etiam interuenit contractus conductionis, & locationis propriè sumptus, nisi illa pecunia antecedenter soluta per conductorem fuerit soluta ad effectum, vt cedat in solutionem pensionis, vel iuxtà consuetudinem, vel arbitrio boni viri. Ità *Carocius loc. cit.* Ratio ex eo deducitur, quia locatio ex sub conceptu importat concessionem rei suo onere certæ mercedis, sed in data hypothesi non esset huiusmodi concessio cum tali onere certæ pensionis; nam vel illa quinquaginta, quæ ego tibi trado, sunt titulo mutui, & sic sunt restituenda, & proindè non cedunt loco pensionum, ved cedunt titulo solutionis pro vsu illius domus, & tunc vel ità traduntur, vt cedant ad ratam pro pensione singulis annis, & sic iuxtà limitationem mox positam in responsione esset re vera locatio, nec obstat, quod sit posita antecedentèr, & tota simul, quia sicuti non est repugnantia, quod emptio fiat per creditum præcedens, ità nec est repugnantia, quod locatio fiat pro mercede antecedentèr soluta; quod deindè sit posita tota simul non facit ad rem, quandoquidem non cedit ad ratam, nisi pro tempore; vel ità traduntur, vt dominus domus eisdem vtatur loco, & econtro vsus domus, quem mihi concedit, & tunc est solummodò contractus innominatus, *Do, vt des*, nec propriè est locatio, cum non interueniat merces.

Esset potius mutuum cũ vsura.

Non obstat, quod illa pẽsio ponatur antecedentèr, & tota simul.

In suppositione quod ego dederim illos nũmos aureos restituendos, & domum tuam habitauerim teneor retribuere fructus ciuiles.

In suppositione autem, quod ego dederim Domino illius domus illa quinquaginta, vt vtatur pro tempore, quo ego vtor domo, certum est, quod ego habitando in domo, ratione cuius mutuaui illa quinquaginta, dicor percipere quodamodo fructus ciuiles, quatenus ex genere suo tenerer fructus correspondentes illi vsui persoluere, sicque teneor illos quinquaginta nummos computare ad ratam pro illis fructibus, quos negatiuè percipio inhabitando domum. *Baldus in terminis ad l. si is qui bonis §. si antiphona ff. de pignor.*, *Alexander cons. 141. num. 7. vol. 5.*, *Aret. in l. gerit col. 2. ff. de acqu. hared.*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem secus ego ex mutuo acquirerem aliquod pretio æstimabile, seu eximerer ab onere soluendi aliquod omni iure, & ex iustitia debitum, quod vsurariam redolet prauitatem:

Est compensatio operum pro operibus.

Respondeo tertiò, in tertio modo contrahendi supra exposito propriè non interuenit locatio, & conductio, sed contractus innominatus, *Do, vt des*, *Castrensis in l. si tibi operas ff. de præscriptis verbis*, *Carocius de locat., & conduct. part. 1. sub tit. à goder à goder qu. 4. num. 1.* Ratio est, quia in ea hypothesi non interuenit merces pro operibus, sed compensatio operum pro alijs similibus, ergo non est propriè locatio, & conductio. 4

Supponitur ille, cuius operæ excedunt cessisse iuri suo.

Hic oritur difficultas, an si operæ, & obsequia vnius excedant in valore, & æstimatione operas, & obsequia alterius sit deueniendum ad aliquam æstimationem, & compensationem respectiuè ad eum, cuius operæ in valore excedunt. Absolutè crederem, si nihil fuerit actum inter ipsos contrahentes, non esse deueniendum ad æstimationem, & compensationem aliquam, sed dumtaxat ad complementum conditionum, de quibus fuit actum, si nondum fuerint completæ. Ratio esse potest, quia, ex quo nihil fuit actum, præsumitur, quod ille, cuius operæ excedunt, cesserit cuicunque suo iuri ratione excessus, adeoque &c.

---

§. XIV.

An locatio cum adiectione in diem subsistat in ratione locationis.

SVMMARIVM.

Disquisitio XIV. Facta fuit conuentio inter Fabium Dominum certi fundi, & Andræam, ratione cuius ille huic concessit

cessit prædictum fundum ad vsum ea adiecta conditione, vt iste pro tali determinato die teneatur persoluere conuentam pensionem, & talis dies cedat pro solutione. Hoc in casu agitatum fuit inter DD., an illa conuentio cum tali adiectione propriè subsistat in ratione locationis.

Negatiuè respondit *Baldus in l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes*, quia in contractibus obligatio cedit in diem, & non venit dies *l. cedere diem ff. de verb. obligat.*, ergo non est propriè locatio, cum non oriatur actio, seu obligatio. Deindè, si ante diem agi non potest, ergo nunquam agi potest *arg. §. omnis instit. de verb. oblig.* Consequentia probatur, quia si non potest ante, nec poterit pro die adiecta propter rationem, quæ adducitur *in eodem § omnis*. Ibi. *At ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est peti potest, quia totus is dies arbitrio soluentis tribui debet*; actio autem, quæ neq; ante diem, neque in die oritur, nunquam oritur, *Glosa in c. 1. de reg. iur. in 6., Doctores in l. Gallus in princip. ff. de lib., & posthum.*

2 In cōtractu cum adiectione in diē agi non potest ante diē.

Pro solutione, & claritate aduerte, stipulationem tripliciter posse fieri; primò purè; Secundò in diem; Tertiò sub conditione; primò modo fit, quando fit conuentio de aliquo dando, vel soluendo absolutè sine vlla temporis determinatione, vt si ego dixero *promittis mihi dare centum pro tali re*, & tu respondes *promitto*, & tunc incontinenti oritur actio; Secundò modo fit, quando stipulatio fit pro aliquo determinato die, vt si ego dicam, promittis mihi pro tali re soluere centum ad talem determinatam diem, & tu promittis expressè; tunc etenim non possum petere solutionem ante diem, ad quam cedit stipulatio, nec in illa die, quia tota cedit soluere debenti. Tertiò modo fit, quando fit stipulatio sub aliqua conditione, de qua dicam in sequenti disquisitione.

3 Stipulatio pura est cum onere sine tempore determinato.

Stipulatio in diē est de solutione pro determinato die.

Stipulatio sub conditione remissiuè ad subsequentia.

Aduerte secundò, quod, quamuis in stipulatione in diem id, quod fuit stipulatum, antequam dies aduenerit, non possit peti, sit tamen debitum ante diem, quia posita stipulatione oritur statim actio, & obligatio, quamuis executionem non possit consequi; ex quo sequitur, quod, si conductor promisit pensionem pro aliquo die determinato obligatur à die promissionis, agenti tamen ante diem ex tali promissione possit occurrere exceptione per ea, quæ expressè habentur *in dict. §. omnis stipulatio Instit. de verb. obligat., Altiatus in l. cedere diem n. 7. ff. de iur. 6. obligat.* Quibus pro notitia suppositis.

4 Actio oritur posita stipulatione.

6 Respondeo, non obstante adiectione in diem locationem subsistere in propria ratione locationis, *Carocius de loc., & cond. d. part. 1. tit. de locatione cum adiectione q. 1. num. 4., & 5., Andræas de Pisis in l. si insulam ff. de verb. oblig., Bartolus in l. ità stipulatus q. 2. princip. ff. eod., & in l. certi conditio in princip. ff. si certum petatur, Natta cons. 261. in princip. vol. 2., Thobias ad d. §. omnis stipulatio sub n. 14. Instit. de verb. oblig.* Ratio ex eo deducitur, quia in tantum per adiectionem in diem non subsisteret locatio in vim locationis, in quantum ex ea nulla vnquam oriretur actio, & obligatio, *Glosa in c. 1. de reg. iur. in 6.*, & hoc est fundamentum, cui innituntur omnes contrariæ sententiæ assertores, sed ex præactis hæc ratio non aliquam vim habet, quandoquidem posita stipulatione ipso iure oritur actio, quamuis sit differenda exactio *l. 1. in fin. ff. quand. d. vsuf. leg. ced., Glos. in l. item quia in principio ff. de pact., & in l. certi conditio in princip. in verb. non potero ff. si cert. pet., Bartol. in l. ita stipulatus verbo secundo principalitèr quæritur quando committatur ff. de verb. oblig.*, ergo &c. Confirmatur primò, quia dies perimere non potest obligationem iam ortam *l. obligationum ferè §. placet ff. de actio., & oblig.*, ergo nec potest impedire, quin oriatur, quando sunt omnia requisita ad ipsam inducendam. Confirmatur secundò, quia singulare est in vsufructu, vt ante diem ad ipsum agi non possit, *l. 1. §. fin. ff. quando dies vsufruct. cedat.*, ergo congruè non videtur extendi ad alios contractus. Fundamentum antecedentis in eo consistit, quia vsusfructus, antequam dies veniat in rerum natura non est, sed in ipsa proprietate permanet. Confirmatur tertiò, quia, cum dies addita obligationi executionem respiciat, non debet interim eius substantia impediri, vndè obligatio, & actio formantur.

Non subsistit fundamentū cui innititur ratio aduersaria.

Ex dictis patet, quid sit respondendum ad id, quod pro contraria Baldi opinione afferebatur; respondendum quippè est, posita stipulatione immediatè oriri actionem, quamuis exactio suspendatur ad diem, ex quo sequitur, quod conductor possit conueniri ante diem, vt eo adueniente soluatur *Altiatus in d. l. cedere diem nu. 10. ff. de verb. signif., Deci. in l. 1. n. 29. ff. si cert. pet., Bartolus in l. si finita §. elegantèr, vbi etiam Alexander ff. de damno infect., Ripa in l. in illa num. 9. in fin., & in l. ità stipulatus n. 83. ff. de verb. oblig., Afflict. dec. 279., Osasch. decis. Pedem nu. 130. attestans idem pluries definitum.* 6

Dies non potest perimere obligationē iam natam.

---

§. XV.

De Locatione sub modo.

SVMMARIVM.

Exponitur in casu particulari quid propriè sit locatio sub modo. 1.

 Sen-

Sententia Abbatis sentientis non subsistere in ratione locationis. 2.
Locatio iuxtà facti seriem exposita subsistit in ratione locationis. 3.
Satisfit obiectis Abbatis. 4.

1 DIsquisitio XV. Initus fuit contractus, qui dicebatur locationis inter Franciscum Dominum fundi, & Caium conductorem cum aliquibus conditionibus expressis, alijs exprimendis hoc fermè tenore. *Francesco dà à piggione il fondo suo situato &c. à Caio con queste espresse conditioni, & altre da esprimersi*, qui Caius acceptauit in hæc verba. *Io Caio prometto pagare il conuenuto, & accetto i capitoli chiari, e necessarij alle cose predette, & il resto della capitulatione, che bisogna, promettendo la stipulatione.* Hæc series contractus dicitur *sub modo*. Hic iam quæritur, an hic contractus, qui dicitur locationis subsistat in vim locationis.

2 Negatiuè videtur sentire *Abbas in c. cum Ioannes de fid. instrum.*, ea ratione, quæ dicitur, quod modus æquiparatur conditioni, sed contractus initus sub conditione non subsistit conditione non purificata. Nihilominus

3 Respondeo, locationem sub ijs terminis, in quibus concipitur secundum facti seriem expositam propriè subsistere *Ruinus cons. 715. vol. 1., Cognol. in l. in omnibus n. 25 ff. de reg. iur., Ioseph. Ludou. concl. 8. in fin.* citati à *Carocio de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de loc. cum adiect. q. 3.*, qui tamen, vel hoc non dixerunt, vel malè fuerunt allegati, cum hoc apud ipsos per me licet diutius inquisitos non fuerit adinuentum. Quidquid tamen sit de ipsorum auctoritate sic responsio probatur, quia modus ille sic conceptus non diuersificat substantiam actus, sed ad summum ipsam qualificat, & inducit actionem, & obligationem, ergo non est, cur ille actus in sui substantia, & secundum suam rationem non debeat subsistere, quia constituta substantia secundum se non destruitur per aliqua accidentalia eidem adiacentia. Confirmatur, quia capitula principalia in dato contractu sunt concepta dispositiuè nempè *Francesco dà à piggione con queste espresse conditioni &c., & io Caio prometto pagare il conuenuto, & accetto i capitoli chiari, e necessarij alle cose predette*, vbi euincitur expressa stipulatio quoad substantiam, quod, si in eadem conuentione dictum fuerit de stipulatione futura quoad alia capitula exprimenda, videtur illa promissio addita ad maius robur, & probationem, vt conficeretur publicum instrumentum; vndè addit *Aret. in l. penult. C. de instit., & substit.*, quod licet alia capitula postea non apponantur, adhuc tamen teneat locatio, & sit perfecta.

Modus ille non diuersificat substantiam, sed solum qualificat

Substātia cōtractus expressa remanet.

Ad rationem, quæ ex Abbate in aduersum obijcebatur, dicendum est modum iuxtà sensum expositum, non nisi latissimè æquiualere conditioni; vndè in rigore illa conuentio non est conditionalis, quod idem sensisse videtur *Abbas in d. c. cum Ioannes de fid. instrum.*, sicque modus in contractu adiectus non suspendit contractum, sed conditio sic *l. cum ab eo, & ibi Bartolus ff. de contrah. empt., Felinus in d. c. cum Ioannes col. 2. in 2. not. extrà de fid. instrum.* 4

Conditio suspendit actus, nō sic modus

---

§. XVI.

An locatio sub conditione sit propriè locatio.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu sumatur locatio sub conditione. 1.
Opinio asserens esse locationem, eiusque fundamentum. 2.
Locatio conditionalis pendente adhuc conditione non est propriè locatio. 3.
Satisfit fundamento contrariæ opinionis. 4.
Locatio ad mensuram, qua quis locat ex fundo tot perticas ad rationem determinatæ summæ pro singulis, non est perfecta ante mensuram. 5.
Locatio ad mensuram sub his terminis, loco tibi talem fundum sub talibus cohærentijs ad rationem tot pro pertica est perfecta locatio. 6.

DIsquisitio XVI. Constituta fuerat locatio inter Seium locatorem, & Caium conductorem, sed sub certa conditione, si scilicet conductor redierit in gratiam Principis, vel si res illa, quæ fuit locata sub conditione, fuerit vendicata à quodam onere, cui erat alligata, vel si conductor factus fuerit sui iuris. Quæritur iam, an talis locatio sit verè locatio ante tempus adimpletæ, & purificatæ conditionis; & hic ex occasione nonnulla occurrent examinanda, an scilicet sint absoluta, & subsistant, an conditionata, nec sortiantur effectum ante adimplementum conditionis, quod potissimum erit in locatione ad mensuram, si scilicet locentur ex tali prædio tot perticæ, vel locetur talis fundus ad rationem tot nummorum pro singulis perticis. 1

Sensus difficultatis, & rationes dubitādi.

Quoad primam propositam principalem difficultatem non defuerunt aliqui, qui assererent, esse propriam locationem fundamento desumpto, *ex l. vnica §. nouissimè C. de caduc. col.*, vbi dicitur, quod, quamuis quis stipulatus fuerit sub conditione, nihilominus pendente conditione sit creditor, quod in similibus ex alijs iuribus deducitur; 2

Sentientes esse veram locationem

sigi-

si igitur pendente adhuc conditione potest dici creditor, non est, cur etiam pendente conditione apposita post stipulationem non possit quis dici conductor. Nihilominus

3 Respondeo primò, locationem conditionalem pendente adhuc conditione non esse propriè, & in rigore locationem. *Deci. in l. 1. in prima lectur. n. 29., & in 2. in fin. ff. si certum petatur Thobias de verb. oblig. §. sub conditione n. 5., Alexander in l. cedere diem n. 10. ff. de verb. signif., & in l. ex pradijs C. de euict., Ripa in l. qui Romæ §. duo fratres num. 51. ff. de verb. oblig., Curt. Iun. in l. 1. num. 52 ff. si cert. petatur, Pedemont. decis. 179. n. 7.* Probatur, quia conditio adiecta contractui suspendit contractum *l. cum ab eo, & ibi Bartolus ff. de contrah. empt., Felin. in d. c. cum Ioannes col. 2. in 2. notabili de fid. instrument.*, & suspendit actionem, & obligationem *l. cum in 2. ff. de iniust. test., Baldus in rub. C. de instit., & substit. sub cond. fac. in princip., & Ioann. de Por. in l. quacunque ff. de verb. significat.*, ergo non ad impleta conditione contractus non subsistit. Facit ad hoc maximè id, quod habetur *in l. videamus ff. de liber. leg.*, vbi dicitur, quod creditor sub conditione non sit propriè creditor, ergo nec conductor sub conditione erit propriè conductor, quod idem videtur haberi *in l. is cui ff. de act., & obligat.*

Conditio suspendit actionem & obligationem.

Creditor sub conditione non est propriè creditor.

Probatur secundò ratione, quia contractus non subsistit, nisi præstito mutuo consensu per contrahentes, sed consensus contrahentium præstitus sub conditione non verificatur, nisi pro tempore, pro quo adimpletur, seu purificatur conditio, ergo nisi pro illo tempore contractus potest subsistere. Probatur minor, quia pro eo tempore verificatur consensus, pro quo in effectu obligantur ipsi contrahentes, sed non obligantur, nisi purificata conditione, ergo &c.

Consensus respicit tempus, pro quo contrahentes obligantur.

4 Ad id, quod ex aduerso dicebatur *in l. vnica §. nouissimè C. de caduc. tol.* dicendum est, non dici propriè creditorem, & absolutè, sed tantum ex suppositione, quod purificetur conditio, nec allegatus textus aliud intendit, nisi quod eueniente conditione induat qualitates creditoris, quinimmò in dicto textu *§. sin autem C. de caduc. tol.* dicitur, quod si legatum, vel fideicommissum sit conditionale, vel in diem incertum non cedat, nisi adueniente conditione, vel die incerto. Ibi. *Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestatiua, vel mixta, quarum euentus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex vtroque pendeat, vel sub incerto die expectari oportet conditionis euentum sub qua fuerit derelictum, vel diem*, & iuxtà hanc interpretationem explicari possunt alia iura, si quæ adducantur.

5 Respōdeo secundò, in locatione ad mensuram, qua quis alteri locat ex illo fundo tot perticas ad rationem determinatæ summæ pro singulis, implicitè interuenit conditio, nec est perfecta locatio ante mensuram *Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de locat. cum adiectione quæst. 2. nu. 6.* Hæc responsio videtur deduci *argum. l. quod sæpè §. in his ff. de contrah. empt.*, vbi expressè dicitur, quod implicitè importetur conditio mensurationis; sicuti igitur venditio facta sub tacita conditione non est propriè talis, nisi purificata conditione, ità nec locatio sic habita cum conditione implicita erit propriè talis, nisi &c.; est autem cum conditione saltem implicitè eo ipso, quod est concepta ad mensuram modo exposito. Verum tamen est, quod conductor, seu emptor in tali hypothesi ex vi conuentionis, seu stipulationis ius habet, vt deueniatur ad mensuram, & sic perficiatur venditio, vel locatio.

Inuoluit implicitè conditionem.

Ex vi stipulationis cōductor habet ius, vt ad mensuram deueniatur.

Respondeo tertiò, in locatione ad mensuram conceptam sub his terminis *loco tibi talem determinatum meum fundum sub talibus cohærentijs, & finibus ad rationem tot pro pertica*, propriè non interuenit conditio, sicque est locatio pura, & perfecta *Cephal. cons. 36. nu. 22. lib. 1., Carocius loc. cit.* Ratio huius responsionis ex eo deduci potest, quia quamuis in exposita conuentione videatur implicitè inuolui ratio mensurationis, dum dicitur, *ad rationem tot pro pertica*, non se habet tamen per modum conditionis, cum mensura non veniat ad substantiam, sed ad declarationem pensionis, ad numerum perticarum, hocque ad certiorationem vtriusque contrahentis, & ad æqualitatem contractus. 6

Mensura venit ad declarationem pensionis

---

§. XVII.

An dolus interueniens in locatione semper eandem irritet.

SVMMARIVM.

Facti series in suis terminis. 1.
Dolus duplex, & qualis. 2.
Contractus initus per dolum primo modo sumptum est omninò inualidus. 3.
Nonnullæ exceptiones. 4.
Contractus initus per dolum iuxtà secundum sensum non est ipso iure irritus, sed agi potest ad compensationem læsionis ad æqualitatem. 5.
Dolus dans causam contractui inductus per alium à contrahentibus non irritat ipso facto. 6.

Disquisitio XVII. Contingit quandoque, vt quis dolosis suasionibus alium aliundè non dispositum inducat ad contrahen- 1

hendum secum contractu locationis, vel fortè etiam dispositum quoad substantiam contractus inducat dolosa demonstratione ad contrahendum pro minori pensione, ac exigat ipsa res locata. Hic contigit dubitare, an contractus vtroque modo initus subsistat, & an ex eodem detur aliqua actio, & quænam.

Refertur status difficultatis.

2 Pro solutione aduertendum est dupliciter dolum posse interuenire in contractu, primò taliter qualiter, vt det causam contractui, quatenus scilicet, si non interueniret, contractus ille non iniretur; Secundò, quatenus ità interuenit, vt dicatur incidere in contractum ea ratione, qua non mouet quidem ad substantiam contractus, cum locator sit alias dispositus ad contrahendum, sed solummodò, ad aliquid incidentèr pertinens ad ipsum contractum. Dolus interueniens in contractu iuxtà primum sensum in facti serie expositum vtique est ex illis, qui dicuntur dare causam contractui, quia iste dolus est radicatus in consensu ad substantiam ipsius contractus, qui consensus tradit robur eidem *l. 1. C. de pactis*. Dolus interueniens iuxtà secundum sensum ex se manifestè apparet incidere in contractum, cum solum tendat ad maiorem, vel minorem quantitatem pensionis supposita iam determinatione contrahendi quoad substantiam. Quibus pro notitia suppositis

Dolus dans causam contractui, & dolus incidentèr appositus.

3 Respondeo primò, contractum iuxtà primum sensum expositum in suo esse non subsistere, sed omninò inualidum esse *Glosa in l. sub prætextu C. de transact.*, *Glosa in l. dolo C. de inutil. stipul.*, *& in l. si dolo C. de rescin. vendit.*, *Angelus in l. Iulianus §. venditor ff. de act. empt.*, *Immola in cap. cum dilecti num. 13.*, *& ibi Panormitan. num. 7. de empt.*, *& vendit.*, *Anton. Padil. ad l. 2. n. 3. C. de rescind. vendit.* Ratio huius responsionis ex eo euidentèr deducitur, quia contractus locationis, & conductionis per superius notata est ex contractibus bonæ fidei, sed dolus dans causam contractui est directè contra naturam, & substantiam bonæ fidei *l. bona fides ff. depositi*, *Mant. singul. 316.*, *Anton. Nicel. de concord. glos. concor. 13.*, & ex superius notatis dolus, de quo agimus, cum radicetur in consensu quoad substantiam, est ex illis, qui dant causam contractui, ergo &c. Hæc eadem responsio in terminis proprijs locationis, & conductionis exprèsè colligitur *ex l. cum in plures §. mandans ff. locati*, vbi in titulo sic legitur. *Si dolus aduersarij dedit causam contractui potest contrahens pænitere, & quod dedit, repetere.* Ratio fundamentalis responsionis, & iurium, in quibus innititur, deducitur ex negatione consensus, qui substantialitèr, & principalitèr requiritur ad validitatem contractus, nam consensus, cui dedit causam dolus, non est liber, sed extortus per fallaciam &c.

Propriè non est cõsensus.

Non est libertas.

Limitanda tamen est assertio, seu responsio primò, quoad dolum, qui non caderet in cordatum hominem, quia tunc saltem in foro exteriori non præsumitur, *Innocentius in cap. cum dilectus*. *Quod metus causa*, *Iason in l. interpositas C. de transact.*, *Marsil. sing. 407.*, *Baldus in rub. C. de rescind. vend.* Dixi, *in foro exteriori*, nam in interno, in quo purè veritas attenditur, si re vera per talem dolus quis fuit inductus ad contrahendum, sine quo non contraxisset, vtique ab eodem posset immediatè recedere.

Homo cordatus non præsumitur in foro externo deceptus.

Limitanda secundò in hypothesi, qua tàm locator, quàm conductor talem dolum, vel similem commisisset, quia tunc dolus dolo compensatur *l. viro absque vxore ff. solut. matrim.* atque sic exprèsè sustinet, *Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de natura locat. effectu 6.*

Dolus dolo cõpensatur.

Limitanda tertiò in casu, quo ille, aduersus quem dolus est commissus, vellet, vt contractus subsisteret. Ratio ex eo deducitur, quia nullitas inducta est in fauorem fraudati, quod autem inductum est in fauorem vnius nequit contra eum retorqueri *l. quod fauore ff. de legibus*, *Felin. in c. dilectus el 2. col. 5. vers. facit de rescriptis*. Verum tamen est, quod ipse fraudatus debet se declarare, an velit stare contractui, nec ne, *Bartolus in l. Iulianus §. si quis colludente in fin. verb. de act. empti*, *Baldus in l. dolus C. de per.*, *& commod. rei vendit.*

Nullitas inducta est in fauorem decepti.

Respondeo secundò. Contractus iuxtà sensum expositum in facti serie non est ipso iure irritus, sed agi potest ad compensationem læsionis iuxtà æqualitatem. *Bartolus in l. elegantèr in princip. ff. de dolo*, *Alexander in l. iurisgentium §. prætor ait, ff. de pact.*, *Iason in l. depositi nu. 8. ff. de re iudicat.*, *Curtius in l. actione C. de transact.*, *Ferretus in l. cum quis cum aliter ff. de verb. oblig.* Ratio ex eo deduci potest, quia ea, quæ accedunt contractui, qui iam est constitutus per sua essentialia, seu ad quem iam concurrunt ea, quæ sunt de ipsius substantia, non vitiant ipsum contractum, sed potius vitiantur, sed talis est dolus, quo iam dispositus ad contrahendum quoad substantiam inducitur falsò ad pensionem inæqualem, ergo per illum non vitiatur contractus, seu non redditur irritus. Rursus ex eo, quod per dolum, & fraudem quis sit grauatus ex vi contractus potest sibi consulere de indemnitate, ergo poterit agere ad compensationem illius, in quo læsus est, *Bartolus in l. arbitrio ff. de dolo*, *Alexander in l. transactione num. 5. ff. de transact.*, *Seifell. ad l. si id, quod ff. de iurisd. omn. iud.*, *Ioannes Igneus ad l. contractus num. 105. ff. de reg. iur.*, quod adeò verum est, vt læsus circa incidentia per dolum ad contractum possit agere ad indem- 5

Potest sibi consulere pro indemnitate.

indemnitatem contra hæredes lædentis, *Bartolus in l. in summa ff. de condit. indeb., & in l. ideò ff. de cond. furt.*, Si tamen dolus circa quantitatem talis sit, vt importet læsionem vltra dimidium, tunc non solum læsus potest agere ad compensationem iuxtà æqualitatem, sed etiam ad recisionem contractus per ea, de quibus latius superius egimus.

Si læsio sit vltra dimidium læsus potest agere ad recisionem.

6 Hic oritur difficultas, an, si contractus fuerit initus per dolum dantem causam contractui, commissum tamen ab alio ab ipsis contrahentibus sit ipso iure nullus, & item si fuerit irritus per dolum incidentem in contractu per alium ab ipsis contrahentibus inducat aliquam actionem, & aduersus quem? Ad primam asserendum existimo, non esse contractum ipso iure nullum *l. eleganter ff. de dolo, & ibi etiam Alexander ad Bart. per l. 2. ff. de proxenetis, Baldus in l. 2. in 3. opposit. ff. de fideiuss., & in l. multum interest C. ne quis alteri, vel sibi*. Ratio huius asserti ea est, quia contrahentes liberè concurrerunt, quantum fuit ex se ad contractum, nec culpa mediatoris est alicui illorum computanda. Verum tamen est, quod si aliquis illorum fuerit læsus vltrà dimidium habebit actionem ad recisionem, & aduersus eum, qui ex dolo concurrit ad contractum, ad quantum interest, quod dolus non interuenerit. Ad secundam etiam asserendum est, si fuerit læsio vltrà dimidium, posse agere ad recisionem contractus, & aduersus eum, qui agit ex dolo actione doli ad quantum interest, quod dolus ille non fuerit commissus, vt ex se patet.

Culpa mediatoris nõ est imputãda contrahentibus.

---

§. XVIII.

An pro rebus adinuentis possit quis exigere, & recipere mercedem.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & variæ considerationes circa ipsum. 1.

Si res fuerit casu fortuito inuenta inuentor non potest exigere aliquam mercedem. 2.

Excipe, nisi inuentor laborem impenderit, vel in deferendo, vel in extrahendo rem cum difficultate. 3.

Si res fuerit inuenta, quia labore perquisita instante Domino, potest inuentor mercedem laboris exigere. 4.

Etiam si labor in perquisitione fuerit impensus ad arbitrium inquirentis. 5.

Inuentor in restitutione rei inuentæ potest exigere, quod Dominus exhibuit per proclama. 6.

Quod per Dominum inuentori rei propriè defertur, deferri præsumendum est gratis. 7.

Disquisitio XVIII. Amisit quis rem suam valdè pretiosam, quam tandem post multum temporis adinuenit Titius. Hic quidem dispositus erat ad eandem restituendam, sed exigebat quandam pecuniæ quantitatem à Domino in remunerationem inuentionis, & restitutionis. Quæritur iam quid iuris, an scilicet iustè exigere posit illam pecuniæ quantitatem, vel oblatam recipere. 1

Pro solutione aduerte, an res illa fuerit inuenta, quia labore perquisita, an verò fuerit fortuitò inuenta. Vlterius, an fuerit perquisita ad instantiã Domini, qui amisse rat, an verò solum ad arbitrium, & voluntatem inquirentis. Item, an Dominus per proclama antecedentèr aliquid exhibuerit cuicunq; rem amissam adinuenerit, & sibi detulerit, quod Græci, *Minitra*, hoc est præmiũ Indicis appellant, an verò nihil. Tandem, quantumuis nihil antecedentèr exhibuerit, an, si re ad se delata aliquid conferat, præsumendum sit illud gratis collatum, an verò, vt pretium pro inuentione.

Variæ considerationes circà inuentioné.

Respondeo primò, si fuerit res casu fortuitò inuenta regularitèr inuentor non potest exigere aliquam mercedem *Carocius de locat., & conduct. part. 1. sub tit. de rer. inuentoribus, seu de mercede occasionata qu. 9. n. 2.* Expressè colligitur *ex l. falsis §. qui alienam ff. de furt.* Ratio autem ex eo deducitur, quia inuentor ex lege iustitiæ tenetur rem inuentam Domino restituere, quandoquidem res ipsa semper clamat pro Domino, & iure quodam innato in ipsum fertur, ergo ratione illius non poterit aliquid pro mercede exigere, siquidem pro re iam iusto titulo alteri debita nequit quid pro ipsa nouo titulo exigi, si ille titulus non sit secundum se meritorius illius mercedis; Neque obesse potest textus *in l. 2. in fin. ff. ad leg. Rhod. de iactu*, non, inquam, obesse potest, quia ille textus de premio inuentionis non loquitur, vt legenti sit manifestum. Deinde quando etiam de eo loqueretur, procederet tantum, quando inuentio fuisset laboriosa respectu inuenientis, de quo infrà. 2

Res semper clamat pro Domino.

Dixi, *regularitèr*; non enim negauerim, quod, si inuentor, vel in deferendo rem ad Dominum, vel in eandem tempore inuentionis extrahendo à loco cum difficultate, & oneribus, opus aliquod, vel laborem impenderit secundum se meritorium alicuius præmij, posset illud ex iustitia exigere; tum quia optimè gessit negotium ipsius Domini, tum quia impendit illud opus secundum se meritorium compensationis, in fauorem eiusdem Domini, quod impendere non tenebantur, & quamuis lege charitatis videatur fuisse obligatus ad rem illam extrahendam, 3

Labor est meritorius congruæ mercedis

Benè gessisset negotium Domini.

dam, ne in deterius abiret, non propterea intelligitur fuisse adhoc obligatus sine retributione illius oneris, seu pro illo opere; neque quoad hoc præsumendus est inuitus Dominus eiusdem rei; quandoquidem ipse inuentor, vt asserebam, benè gessit illius negotium, & potius præsumi debet, quod ipse dominus voluerit subiacere oneri illius mercedis, quam iacturæ rei propriæ.

4 Respondeo secundò, si res fuerit inuenta, quia labore perquisita instante domino potest inuentor iustè exigere mercedem laboris, quem impendit, & retinere rem ipsam inuentam, donec sibi congruentèr fuerit satisfactum *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienam ff. de furtis, Iason in l. 4. §. si tibi indicium sub nu. 2. ff. de condict. ob turp. caus., Felinus in c. dilecti nu. 7. de accusat.* Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est meritorius luci, nec secundum se est debitus in fauorem Domini, ergo non est, cur compensari non debeat, cum omnis labor optet præmium. Ad hoc annuere videtur *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienum nu. 6 ff. de furtis*, dum dicit, quod, si res non est inuenta, sed inuenienda, tunc possit inuentor petere pretium inuentionis iuxtà textum *in l. 2. §. fin. ff. ad leg. Rhod. de iactu, & in l. 4. §. si tibi indicium ff. de cond. ob turp. caus.* Quimmmò subdit *ibid. Bartolus*, quod, si pro re tua inuenienda aliquid expendi, tenearis mihi ad illud reddendum actione negotiorum gestorum, ergo etiam mihi teneberis ad compensandum laborem in re illa acquirenda, & adinuenienda, quia non minus sunt compensabiles impensæ factæ in inuẽtione, ac labor impensus in eadẽ &c.

Ille labor non est debitus, & est meritorius præmij.

5 Respondeo tertiò, si fuerit impensus labor secundum se pretio æstimabilis in inquisitione, & inuentione rei non quidem ad expressam instantiam Domini, sed ad arbitrium, & voluntatem inquirentis, & inuenientis, probabilius est, posse inuentorem exigere præmium, seu mercedem talis laboris. Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est pretio æstimabilis, & est impensus in fauorem Domini, Nec obesse potest, si afferatur, quod a domino ille labor non sit requisitus, adeoque, quod impendens debeat sibi imputare, quod impenderit, sicque nequeat exigere illius compensationem; Non, inquam, obesse potest, quia vtilitèr gerens negotia alterius etiam non requisitus potest exigere mercedem negotiorum gestorum, quandoquidem negotiorum gestor propriè dicitur sine mandato gerens, & cui cura, vel officium non sit iniunctum *In Specul. de instrum. edit. §. 14. vers. ad primum*; sicuti igitur negotiorum gestor potest petere expensas vtiles, si vtilitèr gessit *l. 1. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. act.* ità nec videtur excludi à petitione compensationis laboris, si vtilitèr impen-

Quamuis non requisitus vtilitèr gessit negotium Domini rei inuentæ.

derit, cum sit eodem modo compensabilis.

Respondeo quartò, si Dominus, qui rem amiserat, per proclama, vel alio modo inuentori exhibuerit aliquid pretio æstimabile, potest hic regularitèr illud restituendo rem inuentam exigere. *Didacus Coaruuias in reg. peccatum part. 2. §. 3. n. 3., Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de rerum inuentoribus q. 9. n. 3. vers. 4 concl.* Ratio ex eo deducitur, quod, ex quo spontè exhibuerit per proclama, vel alio modo, videtur spontè se obligasse ad illam solutionem, sicque ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissum, & in hoc verificatur, quod, quamuis illa promissio ante factum fuerit libertatis, ex post facto sit necessitatis. Verum tamen est, quod, si ante proclama rem quis inuenerit sciens dominum eiusdem, & restitutionem distulerit animo acquirendi aliquam mercedem, quantumuis ex rigore iustitiæ sibi non debitam, tunc saltem ex prauitate animi delinquat in recipiendo, quandoquidem, quamuis videatur gràtis conferri à domino, ex malitia tamen ipse differendo acquisiuit. 6

Ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissũ

Respondeo quintò, si dominus rem prius amissam receperit delatam ab inuentore, & aliquid eidem inuentori, & delatori contulerit, præsumendus est, quod gratis omninò contulerit, & animo liberali, nisi ex coniecturis interuenientibus aliud dignoscatur, & propterea inuentor potest illud iustè recipere, & detinere. Idem *Didacus Coaruuias in d. reg. peccatum §. 2. §. 3. num. 3.* Ratio huius responsionis ex eo deducitur, quod nulla vis ipsum compellit ad conferendum, & ius habet rem suam consequendi sine alio, nisi ex parte inuentoris intercesserint impensæ, vel labores, quia res semper clamat pro domino, & ad ipsum fertur, nisi aliquo vinculo iusto detineatur, ergo, si in receptione rei suæ aliquid inuentori contulerit, præsumendus est, quod spontè, & animo liberali contulerit, & in remunerationem, non ex animo satisfaciendi pro aliquo debito ex iustitia, sicque est merces occasionalis voluntaria, & spontanea. 7

Nulla vis compellit ad aliquid deferendum.

---

§. XIX.

An quandoque socij conductoris participent in damnis vnius.

SVMMARIVM.

Exponitur casus in ijs, qui nauem conduxerunt ad vehendas merces. 1.

Qui merces suas proiecit in Mare ad saluandas illas aliorum, habet locati actionem aduersus magistrum nauis, hic verò actionem

nem conducti aduersus alios concondu&ctores. 2.

Nauclerus etiam agere ex conducto aduersus alios conductores, quantumuis nullas habeat merces. 3.

Compensatio facienda est ad ratam iuxtà æstimationem mercium demensarum. 4.

Satisfit rationibus aduersis. 5.

1 Casus expositus. DIsquisitio XIX. Conduxerant plures eandem nauim ad transferendas suas merces in Hispaniam; cumque per aliquod temporis nauigassent, suborta subita tempestate ad euitandum periculum naufragij imminentis aliquis ex ipsis conductoribus proiecit merces suas in mare; hinc, cum tempestas cessarit, aliorumque merces saluæ fuerint, & etiam nauis, quæsitum fuit, an ille, qui merces proiecit, aliquam habeat actionem, & quamnam, tàm contra magistrum nauis, quàm aduersus alios vectores.

Rationes dubitandi pro sententia negante quamcúq actionem. Et quidem nullam actionem habere aduersus magistrum nauis ex eo deduci posse videtur, quia, quod illæ merces proijcientis perierint, non fuit ex aliqua culpa eiusdem magistri locatoris nauis, sed ex casu fortuito, & inopinato; locator autem, sicuti nec conductor non tenentur ex casibus fortuitis, & inopinatis per ea, quæ latiùs dicta sunt in superioribus. Immò nec actionem aliquam habere posse videtur aduersus alios conductores nauis, quandoquidem, nec ipsi fuerunt in aliqua culpa, sed naufragium euenit ex casu inopinato; quin etiam, cum omnes ipsi conductores adinuicem non conuenerint, sed solummodò cum magistro nauis, non est, cur ad inuicem possint obligari. Nihilominùs

2 Respondeo, eum, qui in data hypothesi merces suas proiecit in mare, quæ perierunt, cum eas quodamodò magistro nauis vehendas locauerit, debere actione locati aduersus eundem magistrum agere; hunc verò cum reliquis ex conducto, quorum merces saluæ sunt, vt detrimentum proportione communicetur. Expressè hæc responsio colligitur *ex l. si laborante 2. ff. ad leg. Rhod. de iactu in principio*.

Iactura mercium facta est in fauorē tùm magistri nauis, tùm aliorum conductorum. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia ex vna parte quantumuis iactura mercium alicuius non prouenerit ex culpa magistri nauis, nec aliorum concondu&ctorum, nihilominùs illa iactura facta est tum in fauorem eiusdem magistri, tum aliorum, quia, si illæ non fuissent proiectæ, tota nauis cum mercibus aliorum periculo naufragij subiacebat; ex alia parte, cum nullus

Actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu. contractus fuerit initus inter ipsos conductores nulla inter ipsos videtur posse actio consurgere, quia actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu, ergo, quia, iactura istius cessit in omnium vtilitatem, & etiam potissimum ipsius magistri nauis, poterit quidem agere, quia verò cum solo nauclero locatione contraxit, & non cum alijs poterit aduersum ipsum agere ex locato, & non directè aduersus alios.

Ratio secundæ partis ex eo deduci potest, quia, ex quo nauclerus, seu magister nauium actionem aduersus se patitur ab eo, cuius merces iacturam passæ sunt, ius habet, vt ab alijs conductoribus ad ratam subleuetur, cum quibus cum ipse contraxerit, iustè poterit actione contractus, qua alij cum ipso contraxerunt, agere aduersus ipsos ad sui leuamen; vndè meritò subdit textus *in d. l. si laborante ff. ad leg. Rhod. Æquissimum est commune detrimentum fieri eorum, qui propter res amissas aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent.* Quinimmò in hoc eodem textu, vt legenti sit manifestum, potest ille, cuius merces iacturam passæ sunt, agere cum magistro nauis actione locati, vt cæterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Cum alijs conductoribus agit nauclerus actione proueniente ex cōtractu.

3 Textus ad rem manifestus. Hic suboritur difficultas, an, si alij in naui existentes nullas habuerint sarcinas, nullasque merces, adhuc ille, qui passus est iacturam, debeat agere aduersus magistrum, & magister aduersus alios ex conducto. Respondet textus citatus hæc verba. *Planè commodius est, si sint, retinere eas, aut si non sint, si totam nauem conduxerunt, ex conducto agant, sicut vectores, qui loca in naue conduxerunt.*

4 Merces demersæ compensandæ sunt iuxta æstimationē. Rursus alia excitatur hic difficultas, an facto iactu mercium alicuius ad subleuandam nauem compensatio sit facienda ad ratam iuxtà pondus mercium, quæ submersæ sunt, an verò iuxtà æstimationem earundem. Expressè habetur in eodem textu *in l. si laborante §. cum in eadem naui ff. ad leg. Rhod.* compensationem faciendam esse ad ratam, & ad æqualitatem æstimationis rerum, quæ submersæ fuerunt. Ibi, *iacturæ summam pro rerum pretio distribui oportere.*

5 Iactura istius cedit in omnium vtilitatē. Ad id, quod ex aduerso afferebatur, dicendum est iuxtà superiùs dicta, quod, quamuis ex nullorum culpa illa iactura prouenerit, ex æquitate tamen iuribus sic disponentibus sit cum omnibus conferenda, sicuti enim in communem omnium vtilitatem facta est, ità per omnes sit compensanda, &, sicuti omnes participant de vtilitate, ità omnes communicare debent in damnis. Ad illud, quod subditur in ordine ad alios concondu&ctores, iam patet ex dictis, quid sit respondendum; quamuis enim, quia ad inuicem inter se non contraxerunt, non possunt agere directè ex contractu, quia tamen isti conductores contraxerunt cum magistro nauis, possunt agere indirectè contra illos agendo contra eundem magistrum iuxtà superiùs explicata.

dam, ne in deterius abiret, non propterea intelligitur fuisse adhoc obligatus sine retributione illius oneris, seu pro illo opere; neque quoad hoc præsumendus est inuitus Dominus eiusdem rei; quandoquidem ipse inuentor, vt asserebam, benè gessit illius negotium, & potius præsumi debet, quod ipse dominus voluerit subiacere oneri illius mercedis, quam iacturæ rei propriæ.

4 Respondeo secundò, si res fuerit inuenta, quia labore perquisita instante domino potest inuentor iustè exigere mercedem laboris, quem impendit, & retinere rem ipsam inuentam, donec sibi congruentèr fuerit satisfactum *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienam ff. de furtis, Iason in l. 4. §. si tibi indicium sub nu. 2. ff. de condict. ob turp. caus., Felinus in c. dilecti nu. 7. de accusat.* Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est meritorius lucri, nec secundum se est debitus in fauorem Domini, ergo non est, cur compensari non debeat, cum omnis labor optet præmium. Ad hoc annuere videtur *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienum nu. 6 ff. de furtis*, dum dicit, quod, si res non est inuenta, sed inuenienda, tunc possit inuentor petere pretium inuentionis iuxtà textum *in l. 2. §. fin. ff. ad leg. Rhod. de iactu, & in l. 4. §. si tibi indicium ff. de cond. ob turp. caus.* Quinimmò subdit *ibid. Bartolus*, quod, si pro re tua inuenienda aliquid expendi, tenearis mihi ad illud reddendum actione negotiorum gestorum, ergo etiam mihi teneberis ad compensandum laborem in re illa acquirenda, & adinuenienda, quia non minus sunt compensabiles impensæ factæ in inuētione, ac labor impensus in eadē &c.

Ille labor non est debitus, & est meritorius præmij.

Respondeo tertiò, si fuerit impensus labor secundum se pretio æstimabilis in inquisitione, & inuentione rei non quidem ad expressam instantiam Domini, sed ad arbitrium, & voluntatem inquirentis, &

5 inuenientis, probabilius est, posse inuentorem exigere præmium, seu mercedem talis laboris. Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est pretio æstimabilis, & est impensus in fauorem Domini; Nec obesse potest, si afferatur, quod à domino ille labor non sit requisitus, adeoque, quod impendens debeat sibi imputare, quod impenderit, sicque nequeat exigere illius compensationem; Non, inquam, obesse potest, quia vtilitèr gerens negotia alterius etiam non requisitus potest exigere mercedem negotiorum gestorum, quandoquidem negotiorum gestor propriè dicitur sine mandato gerens, & cui cura, vel officium non sit iniunctum *In Specul. de instrum. edit. §. 14. vers. ad primum*; sicuti igitur negotiorum gestor potest petere expensas vtiles, si vtilitèr gessit *l. 1. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. act.* ità nec videtur excludi à petitione compensationis laboris, si vtilitèr impen-

Quamuis non requisitus vtilitèr gessit negotium Domini rei inuentæ.

derit, cum sit eodem modo compensabilis.

Respondeo quartò, si Dominus, qui rem amiserat, per proclama, vel alio modo inuentori exhibuerit aliquid pretio æstimabile, potest hic regularitèr illud restituendo rem inuentam exigere. *Didacus Coarruuias in reg. peccatum part. 2. §. 3. n. 3., Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de rerum inuentoribus q. 9. n. 3. vers. 4 concl.* Ratio ex eo deducitur, quod, ex quo spontè exhibuerit per proclama, vel alio modo, videtur spontè se obligasse ad illam solutionem, sicque ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissum, & in hoc verificatur, quod, quamuis illa promissio ante factum fuerit libertatis, ex post facto sit necessitatis. Verum tamen est, quod, si ante proclama rem quis inuenerit sciens dominum eiusdem, & restitutionem distulerit animo acquirendi aliquam mercedem, quantumuis ex rigore iustitiæ sibi non debitam, tunc saltem ex prauitate animi delinquat in recipiendo, quandoquidem, quamuis videatur gratis conferri à domino, ex malitia tamen ipse differendo acquisiuit. 6

Ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissū

Respondeo quintò, si dominus rem prius amissam receperit delatam ab inuentore, & aliquid eidem inuentori, & delatori contulerit, præsumendus est, quod gratis omninò contulerit, & animo liberali, nisi ex coniecturis interuenientibus aliud dignoscatur, & propterea inuentor potest illud iustè recipere, & detinere. Idem *Didacus Coarruuias in d. reg. peccatum §. 2. §. 3. num. 3.* Ratio huius responsionis ex eo deducitur, quod nulla vis ipsum compellit ad conferendum, & ius habet rem suam consequendi sine alio, nisi ex parte inuentoris intercesserint impensæ, vel labores, quia res semper clamat pro domino, & ad ipsum fertur, nisi aliquo vinculo iusto detineatur, ergo, si in receptione rei suæ aliquid inuentori contulerit, præsumendus est, quod spontè, & animo liberali contulerit, & in remunerationem, non ex animo satisfaciendi pro aliquo debito ex iustitia, sicque est merces occasionalis voluntaria, & spontanea. 7

Nulla vis compellit ad aliquid deferendum.

§. XIX.

An quandoque socij conductoris participent in damnis vnius.

SVMMARIVM.

Exponitur casus in ijs, qui nauem conduxerunt ad vehendas merces. 1.

Qui merces suas proiecit in Mare ad saluandas illas aliorum, habet locati actionem aduersus magistrum nauis, hic verò actionem

nem conducti aduersus alios conconductores. 2.
Nauclerus etiam agere ex conducto aduersus alios conductores, quantumuis nullas habeat merces. 3.
Compensatio facienda est ad ratam iuxtà aestimationem mercium demersarum. 4.
Satisfit rationibus aduersis. 5.

1 Casus expositus.

DIsquisitio XIX. Conduxerant plures eandem nauim ad transferendas suas merces in Hispaniam; cumque per aliquod temporis nauigassent, suborta subita tempestate ad euitandum periculum naufragij imminentis aliquis ex ipsis conductoribus proiecit merces suas in mare; hinc, cum tempestas cessarit, aliorumque merces saluae fuerint, & etiam nauis, quaesitum fuit, an ille, qui merces proiecit, aliquam habeat actionem, & quamnam, tàm contra magistrum nauis, quàm aduersus alios vectores.

Rationes dubitandi pro sententia negante quamcũq actionem

Et quidem nullam actionem habere aduersus magistrum nauis ex eo deduci posse videtur, quia, quod illae merces proijcientis perierint, non fuit ex aliqua culpa eiusdem magistri locatoris nauis, sed ex casu fortuito, & inopinato; locator autem, sicuti nec conductor non tenentur ex casibus fortuitis, & inopinatis per ea, quae latiùs dicta sunt in superioribus. Immò nec actionem aliquam habere posse videtur aduersus alios conductores nauis, quandoquidem, nec ipsi fuerunt in aliqua culpa, sed naufragium euenit ex casu inopinato; quin etiam, cum omnes ipsi conductores adinuicem non conuenerint, sed solummodò cum magistro nauis, non est, cur ad inuicem possint obligari. Nihilominùs

2 Respondeo, eum, qui in data hypothesi merces suas proiecit in mare, quae perierunt, cum eas quodamodò magistro nauis vehendas locauerit, debere actione locati aduersus eundem magistrum agere; hunc verò cum reliquis ex conducto, quorum merces saluae sunt, vt detrimentum proportione communicetur. Expresse haec responsio colligitur *ex l. si laborante 2. ff. ad leg. Rhod. de iactu in principio*.

Iactura mercium facta est in fauoré tùm magistri nauis, tùm aliorum conductorum.

Ratio primae partis ex eo deducitur, quia ex vna parte quantumuis iactura mercium alicuius non prouenerit ex culpa magistri nauis, nec aliorum conconductorum, nihilominùs illa iactura facta est tum in fauorem eiusdem magistri, tum aliorum, quia, si illae non fuissent proiectae, tota nauis cum mercibus aliorum periculo naufragij subiacebat; ex alia parte, cum nullus contractus fuerit initus inter ipsos conconductores nulla inter ipsos videtur posse actio consurgere, quia actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu, ergo, quia, iactura istius cessit in omnium vtilitatem, & etiam potissimum ipsius magistri nauis, poterit quidem agere, quia verò cum solo nauclero locatione contraxit, & non cum alijs poterit aduersum ipsum agere ex locato, & non directè aduersus alios.

Actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu.

Ratio secundae partis ex eo deduci potest, quia, ex quo nauclerus, seu magister nauium actionem aduersus se patitur ab eo, cuius merces iacturam passae sunt, ius habet, vt ab alijs conductoribus ad ratam subleuetur, cum quibus cum ipse contraxerit, iustè poterit actione contractus, qua alij cum ipso contraxerunt, agere aduersus ipsos ad sui leuamen; vndè meritò subdit textus *in d. l. si laborante ff. ad leg. Rhod. Aequissimum est commune detrimentum fieri eorum, qui propter res amissas aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent*. Quinimmò in hoc eodem textu, vt legenti sit manifestum, potest ille, cuius merces iacturam passę sunt, agere cum magistro nauis actione locati, vt caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent.

Cum alijs conductoribus agit nauclerus actione prouenienté ex cõtractu.

Hic suboritur difficultas, an, si alij in naui existentes nullas habuerint sarcinas, nullasque merces, adhuc ille, qui passus est iacturam, debeat agere aduersus magistrum, & magister aduersus alios ex conducto. Respondet textus citatus haec verba. *Planè commodius est, si sint, retinere eas, aut si non sint, si totam nauem conduxerunt, ex conducto agant, sicut vectores, qui loca in naue conduxerunt*.

3 Textus ad rem manifestus.

Rursus alia excitatur hic difficultas, an facto iactu mercium alicuius ad subleuandam nauem compensatio sit facienda ad ratam iuxtà pondus mercium, quae submersae sunt, an verò iuxtà aestimationem earundem. Expresse habetur in eodem textu *in l. si laborante §. cum in eadem naui ff. ad leg. Rhod.* compensationem faciendam esse ad ratam, & ad aequalitatem aestimationis rerum, quae submersae fuerunt. Ibi, *iacturae summam pro rerum pretio distribui oportere*.

4 Merces demersae compensandae sunt iuxta aestimationẽ.

Ad id, quod ex aduerso afferebatur, dicendum est iuxtà superiùs dicta, quod, quamuis ex nullorum culpa illa iactura prouenerit, ex aequitate tamen iuribus sic disponentibus sit cum omnibus conferenda, sicuti enim in communem omnium vtilitatem facta est, ità per omnes sit compensanda, &, sicuti omnes participant de vtilitate, ita omnes communicare debent in damnis. Ad illud, quod subditur in ordine ad alios conconductores, iam patet ex dictis, quid sit respondendum; quamuis enim, quia ad inuicem inter se non contraxerunt, non possunt agere directè ex contractu, quia tamen isti conductores contraxerunt cum magistro nauis, possunt agere indirectè contra illos agendo contra eundem magistrum iuxtà superiùs explicata.

5 Iactura istius cedit in omnium vtilitaté.

P §. XX.

§. XX.

An, si locator nauis damnum in naui passus fuerit, communicet damnum cum vectoribus, seu conductoribus suis.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes dubitandi. 1.
Damnum illud deteriorationis in naui non est cum conductoribus communicandum. 2.
Excipe, nisi ipsi conductores causa fuerint talis deteriorationis. 3.
Satisfit rationibus oppositis in ratione dubitandi. 4.
Si nauis fuerit capta à piratis, & ab vno redempta compensatio facienda est ab omnibus, & quare. 5.

1 DIsquisitio XX. Iuxtà terminos præcedentis disquisitionis facta per Magistrum locatione nauis pluribus conductoribus iam iter fuerat incohatum, sed suborta tempestate nauis in quemdam locum collisa est, ex quo deteriorationem aliquam passa est, non tamen omninò perijt. Contendebat postea idem magister, vt damna sibi communibus conductorum expensis ad ratam reficerentur. Quæritur hic quid iuris in præsenti hypotheſi.

Rationes euincẽtes onus cõpensationis in omnibus

Et quidem ex dictis in præcedenti disquisitione videtur dicendum, legitimum esse ius eiusdem magistri inquirentis compensationem damnorum in naui ex communibus sumptibus ad ratam, quandoquidem, sicuti ipse tenetur ex locato, si conductorum merces ex causa communi perierint, quantumuis nec sua, nec aliorum culpa inciderit iactura, seu detrimentum, ita alij conductores videntur teneri ex conducto, si ipsa nauis ex causa communi deterior facta fuerit, quantumuis sine eorundem conductorum culpa deterioratio contigerit. Nihilominus

2 Respondeo, damnum illud deteriorationis in naui non esse cum conductoribus communicandum, *Glosa in d. l. si laborante §. si conseruatis ff. ad leg. Rhod. de iactu.* Colligitur expresse *ex d. l. si laborante, vbi in d. §. si conseruatis*, sic legitur. *Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit, nulla facienda est collatio.* Ratio ex eo deducitur, quia qui locauit rem alicui ad aliquem finem, seu effectum, ex quo res illa alicui periculo ex natura talis effectus exponitur, eueniente tali periculo, quo res illa locata deterioretur, nullum ius habet compensationis aduersus conductores, quandoquidem, & illud periculum præuidere potuit, cum frequentèr accidat in similibus nauigationibus, & illa deterioratio contingit in vsu rei, ad quem locauit, ergo non est, cur illa deterioratio sit communicanda cum alijs conductoribus. Confirmatur, quia qui conductus est ad aliquod exercitium in fauorem alterius conuenta certè pecuniæ quantitate pro illo exercitio, si illi instrumentum aliquod illius artis confringatur, non potest ab eo, cui se locauit in tali exercitio exigere compensationem illius instrumenti fracti, prout clarè habetur *in d. l. si laborante §. si conseruatis ff. ad leg. Rhod.*, non alia ratione, nisi quia obligans se ad opus, obligat se, eaque, quæ sunt necessaria ad tale opus, & si aliqua deterioratio contingat in instrumentis necessarijs ex vsu illorum, hoc est ex natura talis vsus, pro qua propterea non potest aliquid pretio æstimabile exigere distinctum à mercede talis vsus, ergo &c. Hic tamen aduertendum est, prout etiam ibi benè aduertit textus, quod, si illa deterioratio in naui secuta fuerit ex voluntate conductorum, quatenus quid voluerint contrà voluntatem magistri, ex quo illud detrimentum natum sit, vel ex aliquo metu, tunc communicatio damni sit facienda cum omnibus.

Illa deterioratio contingit ex vsu rei

Euincitur etiam paritatibus, & exemplis

3

Excipe nisi deterioratio fuerit ex causa cõductorũ.

Ad rationem, quæ ex aduerso afferebatur, facilè patet disparitas, quia quoad ea, quæ spectant ad nauim, non pertinet ad conductores, sed solum ad Dominum nauis, qui vtique conscius esse debuit, quod pericula omnia quoad ipsam debebant pro prijs damnis cedere, cum talia damna prouenient ex vsu; quoad ea verò, pro quibus ipse magister mercedem accipit, ad ipsum etiam spectare debet, cum ex locato se obligauerit. Dici etiam potest, quod ipse ex contractu se obligauerit erga conductores quoad eorum merces, non sic conductores erga ipsum quoad indemnitatem nauis. Hoc est, quod innuitur *in d. §. si conseruatis*, dum dicitur, *quia dissimilis earum rerum causa est, quæ nauis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem quis accipit.* 4

Satisfit rationibus ex aduerso oppositis in ratione dubitandi.

Hic alia suboritur difficultas excitata in eodem textu *l. si laborante §. nauis ff. ad leg. Rhod. de iactu*, an si nauis fuerit capta à Piratis, & ab vno ex conductoribus redempta, pretium redemptionis sit ab omnibus ad ratam conferendum, & an, si merces alicuius ex conductoribus fuerunt per prædones ablatæ, sint ab omnibus alijs ad ratam resarciendæ, vel si fuerint per Dominum earum redemptæ, pretium redemptionis sit inter omnes communicandum. Expresse definitur in eodem textu, quod pretium redemptionis nauis sit ab omnibus conferendum, secus verò pretium redemptionis rerum amissarum. Hic solum remanet difficultas in inquirenda ratione, cur, si nauis deterioretur per collisionem ad scopulum,

vel

Nauis à piratis capta, & ab vno ex conductoribus redépta est soluenda à singulis

vel per quid simile, non sit damnum inter conductores communicandum; si verò à Piratis capiatur, & redimatur, pretium redemptionis sit ad ratam per omnes conferendum. Hoc crediderim ex eo prouenire, quia in primo casu agitur solum de interesse eiusdem magistri nauis, in secundo verò de communi omnium interesse.

§. XXI.

Casus practicabiliores circà mercedem remuneratoriam.

SVMMARIVM.

Facti series, & varij articuli circà ipsum excitati. 1.

Indicator, seu defensor potest iustè recipere mercedem remuneratoriam, quantumuis ex alio titulo iustitiæ, seu charitatis fuerit obligatus ad denuntiandum, seu defendendum. 2.

Remuneratio, seu merces remuneratoria in hac hypothesi est talis, vt neque ex causa ingratitudinis possit reuocari. 3.

Nec à Principe, à quo collata est illa merces remuneratoria. 4.

Remuneratio ob benemerita extenditur etiam ad ius ad rem ex promissione. 5.

1 Disquisitio XXI. Moliebatur quis aduersus certam personam, vel forte etiam Principem damna, & iniuriosas actiones. Conscius Andræas huiusmodi molitionis molitorem indicauit, vel personæ, aduersus quam moliebatur, vel ipsi Principi, vel fortè etiam defendit ab huiusmodi iniurijs, infestisque actionibus. Motus Princeps, vel illa persona, aduersus quam diregebatur illud machinamentū ob talem Andreæ beneficentiā illi contulit prò mercede priuilegium, ista verò persona quædam bona immobilia. Hic duplex potissimū ratio dubitandi consurgit. Prima, an licitum sit Andreæ recipere illam mercedē prò indicatione, seu defensione ab iniuria, quantumuis ex lege iustitiæ, seu charitatis fuerit obligatus ad indicandū, seu defendendum. Secunda, an illud priuilegium, seu merces sic collatum, seu collata, sint reuocabilia ex causa ingratitudinis; & quidem absolutè posse recipere illud priuilegium, seu mercedem, si liberè conferatur, nulli dubium esse potest, quandoquidem non est, quin quis possit recipere, quæ titulo gratuitæ donationis sibi conferuntur ab habente legitimam potestatem conferendi, & ius in re, seu iure, quod confert. Difficultas igitur solummodò est, an, licitè possit recipere in ratione mercedis formalitèr, vt remuneratoriæ.

Duplex ratio dubitandi excitata circà factū expositum.

Qua in re prima fronte dicendum videtur, quod non possit, quandoquidem actio remuneratoria respicit remunerabile meritum; meritum autem remunerabile non est, vbi est ex alio titulo, vel iustitiæ, vel charitatis debitum, vndè dicitur, quod concessio, seu priuilegium concessum ob benemerita non sit liberalitas, nec indigeat insinuatione, sicuti simplex donatio *Alexander cons. 216. nu. 2. lib. 2., vbi allegat textum in l. si Pater §. fin. C. de reuocat. donat., Tiraquel in l. si vnquam in verb. donatione largitus n. 13., & seq. C. eodem.*

Sententia negans posse recipere.

Respondeo primò, potest indicator, seu defensor iustè recipere illud priuilegium, seu mercedem remuneratoriam, quantumuis ex alio titulo iustitiæ, seu lege charitatis fuerit obligatus indicare, seu defendere, *Boerius decis. 27., Romanus cons. 26. num. 8., Fortunat. in leg. 1 §. ius naturale, ff. de iust., & iur., Curt. Sen. cons. 66. num. 2., Grammat. decis. 65. num. 24., Emanuel. in suo thesaur. litt. D. num. 239.* Hæc responsio expressè colligitur *ex l. si Pater §. 1. ff. de donat.*, vbi sic legitur. *Si quis aliquem à latrunculis, vel hostibus eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiat, hac donatio irreuocabilis est, nam merces laboris eximij appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit.* Ratio autem ea est, quia ius naturale dictat beneficia pro beneficijs esse rependenda, & grata gratis compensanda. 2

Beneficiæ beneficijs compensantur.

Neque obesse potest ratio, quæ in contrarium afferebatur, nam, quantumuis ex alio titulo indicans, & defendens teneretur indicare, & defendere, non per hoc tollitur, quia opus illud exercitum sit meritorium ex iure, & æquitate naturali remuneratione, quandoquidem, quamuis teneatur non omittere exercitium illius operis indicationis, & defensionis, si commodè posset, non propterea cessat illud opus esse meritorium mercedis, ea proportionali ratione, qua quis potens rem alienam sine suo graui incommodo extrahere ab incendio, tenetur ex charitate illam extrahere, nec propterea opus, quo extrahit, non est dignum sua mercede, vndè lex charitatis respicit solummodò, vt quis consulat indemnitati alterius, non tamen tollit meritum talis operis, quod contulit.

Respōsio ad ea, quę afferūtur in prima opinione negante.

Respondeo secundò, priuilegium illud à Principe concessum ob indicationem, & defensionem, & merces ab altero collata ob similes rationes, talis conditionis sunt, vt nequeant neque ex causa ingratitudinis reuocari. *Alexander cons. 115. vol. 1., Suarez in suo thesaur. littera D. num. 240., Iason in l. & hoc iure num. 54. ff. de iustit., & iur., Baldus in l. precibus num. 13. C. de impub., Castrensis in l. digna vox C. de legib., Decius cons. 604. num. 9., & cons. 689. n. 5., Cranett. cons. 241. num.* 3

Remuneratio non indiget insinuatione

num. 10. Hæc etiam responsio expresè colligitur ex d. l. *si Pater* §. 1. *ff. d. donat.* Ratio autem ex eo deducitur, quod remuneratio non est simplicitèr donatio, quæ indigeat insinuatione, *Bartolus in l. Aquilius in vlt. col. ff. de donat., & in prima constitut. digestorum in vlt. col. verb. præterea*, sed collatio ex causa beneficij ante recepti. *Bartolus in l. sed si lege §. consuluit in 2. not. ff. de pet. hæred.*, sed quod datur ex causa, est ex genere suo irreuocabile; ergo &c.

4 Prohibita alienari possunt dari in causa remunerationis.

Hæc adeò vera sunt, vt, si quis propter defensionem Principis ab aliqua iniuria in remunerationem receperit aliquod priuilegium, seu immunitatem, hæc nequeant ab eodem Principe reuocari neque ex causa ingratitudinis, quandoquidem non est simplex, & gratuitum beneficium, sed quodamodò debitum ex causa; remuneratio etenim in tantum fieri debet, vt etiam prohibita alienari possint dari in causam remunerationis, *Bartolus in d. prima constit. digestorum in vlt. col. vers. præterea probo per l. iubemus nullum C. de Sacrosanct. Eccl.* Ex quibus ampliat *Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de condict. ob caus., seu de mercede remuneratoria q. 10. n. 4.* textum *in d. l. si Pater* §. *fin.*, vt procedat, siue remuneratio fiat in aliqua specie, vel quantitate, siue in priuilegio, vel immunitate. Quinimmò aliqui docent, quod nec de plenitudine potestatis possit Princeps reuocare id, quod per viam priuilegij, vel immunitatis concessit in recognitionem, præmium, vel mercedem obsequij præstiti *Alexander cons. 54. col. penult. lib. 4., Parisius cons. 11. num. 44. lib. 1., Natta cons. 122., Rolandus à Valle cons. 66. n. 38. lib. 2.*

5 Remuneratio facta à Principe ob benemerita præsumitur facta motu proprio.

Insuper adeò fauorabilis est hæc materia remunerationis, vt extendatur etiam ad ius ad rem ex simplici promissione, & obliget etiam hæredem promittentis *Ruinus cons. 37. num. 17. lib. 1., Iason in l. 1. num. 14. de constit. Princip., Decius in c. 1. n. 17., & ibi Felinus n. 2. de probat.* Tandem tantæ efficaciæ est remuneratio, vt concessio facta à Principe ob benemerita præsumatur facta motu proprio *Alberic. in l. 1. in princip. ff. quod quisque iur., Alexand. in l. 3. eod. tit., Iaf. in l. ex hoc iure n. 56. ff. de iust., & iur.*, qui omnes testantur de communi.

---

§. XXII.

An concessa causa remunerationis sint reuocabilia ob superuenientiam filiorum, & an fieri possit inter personas prohibitas.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes dubitandi circa ipsum. 1.

Per superuenientiam filiorum non est reuocabilis merces remuneratoria facta benemerenti. 2.

Potest tamen reuocari quoad excessum supra debitum. 3.

Donatio inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem est reuocabilis, non tamen remuneratio ex causa meritorum. 4.

Requiritur, vt remuneratio facta per Patrem sit irreuocabilis, vt fiat expressa, & indiuidua mentio meritorum, & vlterius valida, & expressa probatio. 5.

Esset tamen irreuocabilis, si vltrà assertionem patris specificam meritorum concurrerent aliæ præsumptiones, vel coniectura coadiuuatiua. 6.

Filius, qui legitimè recepit talem mercedem remuneratiuam à Patre ob merita sufficientèr probata non tenetur eadem conferre cum alijs Fratribus, nec in legitimam reducere. 7.

1 Disquisitio XXII. Ob beneficia, quæ Antonius contulit Andreæ indicando eidem damna imminentia, ipsumque ab hostibus defendendo, idem Andræas nonnulla bona etiam immobilia ipsi Antonio contulit in remunerationem, & recognitionem meritorum. Quibus peractis eidem Andreæ superuenerunt filij, & quidem plures. Quæritur iam, an ob superuenientiam huiusmodi filiorum possit reuocare mercedem remuneratoriam, sicuti posset reuocare simplicem donationem. Rursus Andræas postquam filios nonnullos habuerit, alteri illorum ob benemerita erga se præstita remuneratorium præmium eidem contulit. Hic iam quæritur primò, an, sicuti donatio inter Patrem, & filium non est valida, sed reuocabilis, ità sit reuocabilis, & inualida actio remuneratoria. Secundò ex suppositione, quod non sit reuocabilis, an sit necessaria expressio meritorum in tali remuneratione, an verò sufficiat, quod fuerit generalis, & implicita. Tertiò, an filius, qui talem remunerationem recepit à patre, teneatur eandem conferre cum alijs fratribus, & an eadem sit computanda in legitima eiusdem.

Duplex difficultas explicatur quoad titulum, & articuli circà ipsam.

Respondeo primò, per superuenientiam filiorum non est reuocabilis merces remuneratiua facta benemerenti, *Decius cons. 366. num. 10., Iason cons. 154. n. 2. lib. 2., Iulius Clarus in §. donatio q. 23. vers. item quæro, an depositio, Romanus in l. si verò §. de viro limit. 10. ff. solut. matrimon., Iason in l. si non sortem §. libertas col. 5. num. 8. ff. de condit. indeb.* 2

Merces remuneratoria non est simplex donatio sed debita.

Probatur, quia merces remuneratoria ob merita, & beneficia præstita non est ex liberali beneficentia, sed ex causa, & quodamodo debita, ergo ob superuenientiam filiorum non potest tolli. Consequentia probatur, quia per superuenientiam filiorum

rum non possunt reuocari ea, quæ per patrem collata sunt in solutiones ex debito, ergo neque poterunt ob eandem causam reuocari ea, quæ collata sunt titulo remunerationis ob merita, & beneficia præstita in fauorem remunerantis. Consequentia etiam euincitur, quia, quód confertur titulo remunerationis propriè sumptæ, habet rationem debiti saltem ex iure naturali, quod licet ante concessionem non possit exigi per actionem ciuilem, collatum tamen reuocari non potest, cum remuneratus possit se munire exceptione de iure ciuili ad differentiam simplicis donationis, quæ, cum indigeat insinuatione, per superuenientiá filiorum reuocari potest sic iure disponente. Confirmatur primò, quia malus est vinculum, quod consurgit ex concessione ex titulo remuneratiuo, quam, quod consurgit ex titulo donationis omninò gratuitæ, quandoquidem illud est ex causa, hoc sine causa, istud ex mera liberalitate, illud ex aliquo onere saltem naturali, vndè iura potiora priuilegia fundata in naturali æquitate contulerunt remunerationi, ac contulerint simplici donationi, ergo &c. Confirmatur secundò ex ijs, quæ dicta sunt superius, quia remuneratio tantæ virtutis, efficaciæ, & potentiæ est, vt etiam prohibita alienari dari possint in causam remunerationis *Bartolus in prima constitutione digestorum in vlt. col. vers. praterea probo per l. iubemus nullum C. de Sacros. Eccl.*, ergo etiam talis, ac tantæ virtutis esse debet, vt alienata ex tali titulo nequeant reuocari etiam ob causas, propter quas, si talis titulus non adesset, possent reuocari, adeoque, nec propter superuenientiam filiorum. Consequentia probatur, quia, si vim tribuit, vt transferantur, quantumuis non sint transferibilia iure obstante, ergo etiam vim tribuit, vt translata non possint reuocari, cum ratio, quæ concedit transferibilitatem in non transferibilibus, concedat etiam irreuocabilitatem in reuocabilibus. Quamobrem nonnulli afferunt *ad l. isti quidem ff. quod metus causa*, quod, quamuis pater plus præsumatur diligere filium, quam se ipsum, non tamen ex filiorú superuenientiam censeatur habuisse animum reuocandi actú remuneratorium, ad tollendum vitium ingratitudinis *Altiatus reg. 1. præsumpt. 1., Silua nupt. lib. 1. n. 58.*

Remuneratus potest se munire exceptione de iure ciuili.

Rationes euincentes responsioné.

3 Hic excitant nonnulli controuersiam, an, si remunerator contulerit benefactori sub titulo remunerationis supra id, quod exigunt merita eiusdem benefacientis, ob superuenientiam filiorum possit saltem reuocare id, quod excedit eadem merita. Respondendum est saltem quoad excessum supra merita ob superuenientiam filiorum posse reuocari *Ruinus conf. 67. num. 10. vol. 5. Decius conf. 20., Corne. conf. 194. col. 1. vol. 3. Socin. conf. 295. col. 4. vol. 2., Bertran. conf. 175. num. 11. vol. 2. in nouis, Diaz regul. 213. limit. 6.* Ratio ex eo deduci potest, quia donatio simpliciter facta ob superuenientiam filiorum reuocatur *l. omnia, quæ iure ff. de reg. iur.*, vt est in cõfesso apud omnes tùm Theologos, tùm Iuris peritos, ergo, & remuneratio secundum eam rationem, secundum quam præmium excedit meritum. Consequentia probatur, quia secundum eam rationem, secundum quam præmium excedit meritum, habet rationem simplicis donationis, non remunerationis, ergo, si donatio simplex est reuocabilis ob superuenientiam filiorum, ob eandem rationem remuneratio sub eo respectu, quo excedit merita, erit reuocabilis. Confirmatur, dum quis rem valentem multum vendat modico pretio animo donádi in eo, in quo plus valet, est donatio, & reuocatur per superuenientiam liberorum *l. si vnquam C. de reuoc. donat., Baldus in l. 1. C. de pactis*, ergo etiam, si quis merita modicum valentia remuneretur mercede multa, & excedente, id, in quo excedit merita, computabitur, vt donatio, & erit reuocabilis ob superuenientiam filiorum. Consequentia tenet, quia non est assignabilis ratio, ob quam id, quod est supra æstimationem rei venditę computetur pro donatione, & sit reuocabile, id verò, quod est supra valorem meritorum, non sit computandum etiam pro donatione, & non sit etiam reuocabile.

Secúdum rationem excessus habet rationem simplicis donationis.

Euincitur paritate rationis.

Respondeo secundò, quantumuis donatio inter patrem, & filium, maritum, & vxorem non sit valida, & per consequens reuocabilis, remuneratio tamen facta ob merita inter eosdem valida est, & irreuocabilis *Glosa, Bartolus, Baldus, & alij in auth. vndè si parens C. de inoffic. testam., Ioannes Crot. in repetit. l. frater à fratre num. 4. ff. de condict. indeb., Bartolus in l. si tibi decem §. si pactus ff. de pactis Tiraquel ad l. si vnquam in verb. donatione num. 19. C. de reuoc. donat. Castrensis in l. Aquilius col. 2. ff. de donat., Florian. in l. qua pater ff. famil. ercifcun.* Ratio autem huius responsionis ea esse potest, quia leges, quæ procedunt de simplici donatione, non procedunt etiam de remuneratione, nam in primis, quæ prohibita sunt alienari, non possunt conferri titulo simplicis donationis, possunt tamen conferri titulo remunerationis per *Bartolum suprà allegatum in dict. prima constitutione digestorum in vlt. col. vers. prætereà probo*, item, quæ conferuntur titulo simplicis donationis, sunt reuocabilia ob superuenientiam filiorum vt supra, quæ verò conferuntur ex titulo remunerationis ob merita non sunt ob talem causam reuocabilia; vndè non incongruè notant *Doctores in l. si donatione C. de collat.*, quod, quantumuis donatio sim 4

plex

plex inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem non teneat, teneat tamen collatio remuneratoria ob merita. Ratio fundamentalis eorum omnium, quæ hic dicuntur, ea est, quia ex vna parte iura statuentia inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem non posse esse donationem, sunt stricti iuris, & grauosa, nec proindè extendenda vltra expressa, cum inducta fuerint ad præcauenda damna, quæ ex speciali prædilectione possunt obuenire; ex alia parte merita respectu cuiuscunque sic exigente æquitate naturali sunt sua digna remuneratione, ergo, quia illa iura sunt stricti iuris, nec militat eadem ratio, non sunt extendenda ad casum remunerationis, quia verò priuilegia, & efficacia remunerationis indifferentèr respiciunt omnes, non debent excludere filios respectu Patris, nec vxorem respectu mariti.

Iura prohibentia donationem inter Patrē, & filium sunt stricti iuris.

5 Respondeo tertiò, non sufficere, adhoc, vt remuneratio facta per Patrem ad filium, & per maritum ad vxorem, sit valida in foro exteriori, nec sit reuocabilis, vt per eundem patrem, vel maritum in eodem fiat mentio generalis, & implicita meritorum, nec etiam expressa, & indiuidua, sed vlteriùs requiritur valida, expressaque probatio eorundem, *Iason repetit. l. frater à fratre sub num 44. vers. 2. limita ff. de condict. indeb., Ruinus cons. 44. in fin. lib. 5., Pedemont. decis. 171. n. 19., Ioseph de Ludouic. concl. 14. illat. 11. fol. 27., Emanuel Suarez in suo thesaur. litt. D. nu. 201., Corset. cons. 289. col. fin. lib 4.* Ratio autem, cur standum non sit, nec generali, nec speciali assertioni Patris, vel mariti de meritis filij, & vxoris, ea est, quia eadem ratio, propter quam iura prohibent donationem simplicem inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem, militat quoad eandem assertionem, siue generalem, siue specialem, ergo, sicuti illa inualida est quoad substantiam, hæc erit inefficax quoad effectum, seu probationem. Antecedens probatur, quia ideò iura prohibent huiusmodi donationem, quia præsumunt, quod per specialem prædilectionem fieret præiudicium alijs, qui de iure succedere debent, sed præsumptio, quæ potest esse de donatione ob talem prædilectionem, ob eandem potest esse de tali expressione siue vniuersali, siue indiuidua, siquidem dilectio non solum mouere potest ad conferendum, sed etiam ad exprimendum finem, qui non est, talis collationis, ergo &c.

Esset inefficax quoad probatione, & effectum.

Esset semper præsumptio simplicis donationis.

6 Non negauerim tamen, quod, si vltrà assertionem patris, vel mariti, & etiam enumerationem in specie meritorum concurrerent aliæ præsumptiones, vel coniecturæ coadiuuatiuę, tunc saluaretur remuneratiua actio *Iason cons. 154. col. 4., & clarius cons. 184. col. penultim. vers. sed præmissis lib. 2., Altiatus reg. 1. præsumpt. 16. n. 3. resp. 584. n. 5. Iac. Menoch. de arb. Iud. lib. 2. cent. 2., & cons. 112. vol. 2., Crauet. de antiquit. temp. part. 1. sect. 2. nu. 69.* Ratio autem ex eo deducitur, quod probatio, quę fit per præsumptiones, & coniecturas coadiuuantes, sufficit, quandò alia probatio est difficilis de sui natura *Alexand. cons. 55. 2. parte, Feder. de Sen. cons. 119. si nulli dubium*, & ex pluribus coniecturis, & præsumptionibus fit plena *Glosa in l. 2. ff. de execut. tut., & in c. cum causam de probat., Bartholomæus Socin. in cons. 187. incip. in controuersia vers. ex quibus omnibus circà fin. in 2. part.*, ergo &c.

Probatio per præsumptiones sufficit quando alia nō adest.

Respondeo quartò, filius, qui legitimè recepit prædictam remunerationem à patre ob merita sufficientèr probata modo, quo supra, non tenetur eandem conferre cum alijs fratribus, nec eandem deducere in legitimam sui partem. *Decius in l. si à Patre in l. si emancipati C. de collat., Cucc. de legitima in verb. ex substantia num. 9. fol. 57.* Verum tamen est, quod ad verificandam hanc responsionem requiruntur multæ conditiones, quarum prima est, quod filius præstiterit beneficia in patrem, quæ alias de iure conferre non tenebatur, ob quæ consecutus fuerit illam remunerationem *l. donari ff. de donat.*; Secunda, quod merita æquiualeant donationi, seu remunerationi, alias non valebit quoad illum excessum remunerationis supra merita *Iulius Clarus in verb. donatio qu. 3. vers. sed numquid q. 8. vers. hoc tamen Cagnol. ad l. 2. num. 196. C. de rescind. vendit., Iason in auth. vndè si parens nu. 16. C. de in offic. testam.* In dubio autem, seu controuersia, an talia merita sint æquiualentia, Iudicis arbitrio standum est *Socin. cons. 295. col. 3. lib. 2., Iason cons. 164. num. 5. lib. 1., Curt. Iun. cons. 126. nu. 11., Menoch. de arbitrar. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 132.*; Tertia, vt iuxtà prædicta illa merita probentur. Quibus sic stantibus probatur iam responsio quoad primam partem, quia illa bona per filiū benemerentem fuerunt speciali quodam iure acquisita, ergo ipsi sunt imputanda, non alijs conferenda. Consequentia probatur, quia præmium specialiter respicit merentem, nec ex genere suo est alijs ab ipso conferendum: Quoad secundam partem sic euincitur, quia legitima debetur filijs ex bonis patris liberis relictis post obitum eiusdem, vt est in confesso apud omnes, sed illa bona, quæ data sunt filio titulo remunerationis, non sunt ex bonis Patris, siquidem pleno iure fuerunt acquisita eidem filio benemerenti, ergo &c. Hæc adeo vera sunt, vt, si pater titulo remunerationis promiserit eadem bona filio, licet non contulerit de facto, possit adhuc filius ea exigere, & vlteriùs etiam suam proportionatam legitimam, quia hæc debetur ex bonis omninò liberis, sed illa data, seu promissa titulo remunerationis non essent libera,

7

Cōditiones requisitæ ad hoc, vt non teneatur computare.

Legitima debetur filijs ex bonis Patris liberis, relictisq; post obitum Patris.

bera, sed debita eidem benè merenti per superiùs probata, ergo &c.

§. XXIII.

An minor titulo remunerationis possit aliquid siuè mobile, siuè immobile benemerenti conferre.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ. 1.
Bona mobilia collata titulo remunerationis per minorem inconsulto tutore sunt irreuocabilia. 2.
Bona immobilia quamuis titulo remunerationis collata per minorem inconsulto tutore, & sine decreto Iudicis sunt reuocabilia. 3.

1 DIsquisitio XXIII. Præstiterat Caius beneficia non modica in fauorem Theodorici minoris, qui tali motus beneficentia bona tàm mobilia, quàm immobilia suo benefactori contulit inconsulto tutore, seu curatore. Quæritur iam hic, an talis remuneratio teneat, & irreuocabilis sit.

2 Respondeo primò, si in retributionem contulerit inconsulto tutore bona mobilia vtique remuneratio valet, & est irreuocabilis *Altiatus in l. creditores ff. de verb. signif. Romanus in l. si ante nuptias ff. solut. matrim., Iason in l. cum filiofamilias n. 170. ff. de legat. 1., Bero. cons. 61. num. 33., & cons. 65. nu. 14. vol. 1., Socin. cons. 57. n. 12. vol. 1.* Hoc communitèr deducunt Doctores ex efficacia, & virtute remuneratiuæ actionis, quæ, sicuti ex specialibus priuilegijs, & iuribus non indiget insinuatione, ex ingratitudine, vel filijs deindè natis non reuocatur, inter virum, & vxorem, Patrem, & filium permittitur, ità non est, cur hoc etiam non gaudeat priuilegio, vt validè etiam fiat per minorem, vndè meritò *Altiatus in d. l. creditores ff. de verb. signif.* asserit, quod remuneratio causam sufficientem præstet contractui, in bono viro præsumatur, alienationem rei ad Ecclesiam, vel minorem pertinentis alioqui reuocabilem confirmet. Ex quo argumentum ad responsionis probationem efformat *Socin. dict. cons. 67. num. 12. vol. 1.* Quamuis alienatio rerum Ecclesiæ facta per Prælatum sine debitis solemnitatibus non subsistat *c. sine exceptione 12. q. 2., & in Clem. 1. de reb. Eccl. non alien., & in c. nulli eod. tit.* remuneratoria tamen alienatio viribus subsistit sine illis *c. liberti §. per renuntiationem 12. qu. 2. c. relatum de testam. Ioannes Andreas in addit. Specul. in rub. de rebus Eccl. non alien., Bartolus in l. iubemus nulli C. de Sacros. Eccl.*, ergo etiam quantumuis res minoris alienari non possint, ex titulo tamen remuneratoriæ actionis poterunt validè alienari, quandoquidem, minor, & Ecclesia æquiparantur *c. 2. de in integ. restit. textus in l. res publica C. ex quib. caus. maio., & in l. viuus libertus ff. si quid in fraudem patron.*

Priuilegia mercedis, & actionis remuneratiuæ enumerantur.

Respondeo secundò, remuneratio facta per minorem in rebus immobilibus sine solemnitate decreti Iudicis, & auctoritate tutoris non subsistit. *Socin. d. cons. 67. n. 12. vol. 1., Natta cons. 173. sub num. 1. cons. 180. num. 7. lib. 1., Simoncel. in tract. de decret. lib. 1. tit. 2. inspect. 4. sub num. 28. vers. contraria.* Hoc habetur ex speciali iure, quo ex quocunque titulo prohibentur alienari bona minorum sine solemnitate decreti, & auctoritate Tutoris, & Curatoris, & in hoc omnes ferè consentiunt. Quod, si dicatur ex speciali iure etiam esse prohibitam alienationem bonorum Ecclesiasticorum sine iuris solemnitatibus, nec tamen inualida est ipsorum alienatio ex causa remunerationis per ea, quæ dicta sunt in præcedenti responsione, ergo etiam, quantumuis bona minoris alienari nequeant sine certis solemnitatibus, non tamen inualida erit eorum concessio ex causa remunerationis, cum nulla diuersitatis ratio sit assignabilis; facilè erit respondere; si afferatur illa, quæ dicuntur de bonis Ecclesiasticis procedere dumtaxat quoad bona mobilia, non sic quoad immobilia, de quibus solummodò procedunt allegati textus *in c. sine exceptione 12. q. 2., & in clem. 1. de reb. Eccles. non alien.* Quod, si vlterius repetas, non posse procedere quoad bona mobilia, quandoquidem ad ista non requiruntur iuris solemnitates; statim impugnaberis, nam etiam bona mobilia titulo donationis per Ecclesiasticos nequeunt erogari sine auctoritate, vt patet ex Bulla de largitione munerum, quæ tamen ex causa remunerationis possunt concedi. Addunt aliqui tàm bona immobilia Ecclesiastica, quàm immobilia minoris non posse titulo remunerationis conferri, quando ex benemeritis ius agendi non competeret benemerenti, secus autem quando tale ius eidem competeret, nec essent bona mobilia, per quæ possit remunerationem accipere, quia tunc illa bona computarentur, vt debita, sicque ex necessitate conferrentur, ad quod non requiruntur iuris solemnitates. *Simoncel. in tract. de decretis lib. 1. tit. 2. inspect. 4. ampliat. 6., Caroc. de locat., & conduct. part. 1. sub tit. de conduct. ob causam num. 53.* Tandem aliqui dicunt, quod nec bona immobilia Ecclesiastica, nec minoris ex titulo remunerationis alienari possint quoad substantiam, bene tamen quoad vsumfructum, & dominium vtile ad breue tempus. *Tiraquel. ad l. si vnquam in verb. donatione largitus num. 25. ff. de donat.* 3

Hoc est ex speciali iuris dispositione.

Explicatio congrua Doctorum.

§. XXIV.

hendum secum contractu locationis, vel forte etiam dispositum quoad substantiam contractus inducat dolosa demonstratione ad contrahendum pro minori pensione, ac exigat ipsa res locata. Hic contigit dubitare, an contractus vtroque modo initus subsistat, & an ex eodem detur aliqua actio, & quaenam.

Refertur status difficultatis.

2 Pro solutione aduertendum est duplicitèr dolum posse interuenire in contractu, primò talitèr qualitèr, vt det causam contractui, quatenus scilicet, si non interueniret, contractus ille non iniretur; Secundò, quatenus ità interuenit, vt dicatur incidere in contractum ea ratione, qua non mouet quidem ad substantiam contractus, cum locator sit alias dispositus ad contrahendum, sed solummodò, ad aliquid incidentèr pertinens ad ipsum contractum. Dolus interueniens in contractu iuxtà primum sensum in facti serie expositum vtique est ex illis, qui dicuntur dare causam contractui, quia iste dolus est radicatus in consensu ad substantiam ipsius contractus, qui consensus tradit robur eidem *l. 1. C. de pactis*. Dolus interueniens iuxtà secundum sensum ex se manifestè apparet incidere in contractum, cum solum tendat ad maiorem, vel minorem quantitatem pensionis supposita iam determinatione contrahendi quoad substantiam. Quibus pro notitia suppositis

Dolus dans causam contractui, & dolus incidentèr appositus.

3 Respondeo primò, contractum iuxtà primum sensum expositum in suo esse non subsistere, sed omninò inualidum esse *Glosa in l. sub praetextu C. de transact.*, *Glosa in l. dolo C. de inutil. stipul.*, *& in l. si dolo C. de rescin. vendit.*, *Angelus in l. Iulianus §. venditor ff. de act. empt.*, *Immola in cap. cum dilecti num. 13.*, *& ibi Panormitan. num. 7. de empt.*, *& vendit.*, *Anton. Padil. ad l. 2. n. 3. C. de resc. cind. vendit.* Ratio huius responsionis ex eo euidentèr deducitur, quia contractus locationis, & conductionis per superius notata est ex contractibus bonae fidei, sed dolus dans causam contractui est directè contra naturam, & substantiam bonae fidei *l. bona fides ff. depositi*, *Mant. singul. 316.*, *Anton. Nicel. de concord. glos. concor. 13.*, & ex superius notatis dolus, de quo agimus, cum radicetur in consensu quoad substantiam, est ex illis, qui dant causam contractui, ergo &c. Haec eadem responsio in terminis proprijs locationis, & conductionis expresè colligitur *ex l. cum in plures §. mandans ff. locati*, vbi in titulo sic legitur. *Si dolus aduersarij dedit causam contractui potest contrahens paenitere, & quod dedit, repetere.* Ratio fundamentalis responsionis, & iurium, in quibus innititur, deducitur ex negatione consensus, qui substantialitèr, & principalitèr requiritur ad validitatem contractus, nam consensus, cui dedit causam dolus, non est liber, sed extortus per fallaciam &c.

Propriè non est cōsensus.

Non est libertas.

Limitanda tamen est assertio, seu responsio primò, quoad dolum, qui non caderet in cordatum hominem, quia tunc saltem in foro exteriori non praesumitur, *Innocentius in cap. cum dilectus*. *Quod metus causa*, *Iason in l. interpositas C. de transact.*, *Marsil. sing. 407.*, *Baldus in rub. C. de rescind. vend.* Dixi, *in foro exteriori*, nam in interno, in quo purè veritas attenditur, si re vera per talem dolus quis fuit inductus ad contrahendum, sine quo non contraxisset, vtique ab eodem posset immediatè recedere.

Homo cordatus non praesumitur in foro externo deceptus.

Limitanda secundò in hypothesi, qua tàm locator, quàm conductor talem dolum, vel similem commisisset, quia tunc dolus dolo compensatur *l. viro absque uxore ff. solut. matrim.* atque sic expresè sustinet, *Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de natura locat. effectu 6.*

Dolus dolo cōpensatur.

Limitanda tertiò in casu, quo ille, aduersus quem dolus est commissus, vellet, vt contractus subsisteret. Ratio ex eo deduci tur, quia nullitas inducta est in fauorem fraudati, quod autem inductum est in fauorem vnius nequit contra eum retorqueri *l. quod fauore ff. de legibus*, *Felin. in c. dilectus el 2. col. 5. vers. facit de rescriptis*. Verum tamen est, quod ipse fraudatus debet se declarare, an velit stare contractui, nec ne, *Bartolus in l. Iulianus §. si quis colludente in fin. verb. de act. empti*, *Baldus in l. dolus C. de per.*, *& commod. rei vendit.*

Nullitas inducta est in fauorem decepti.

5 Respondeo secundò. Contractus iuxtà sensum expositum in facti serie non est ipso iure irritus, sed agi potest ad compensationem laesionis iuxtà aequalitatem. *Bartolus in l. elegantèr in princip. ff. de dolo*, *Alexander in l. iurisgentium §. praetor ait, ff. de pact.*, *Iason in l. depositi nu. 8. ff. de re iudicat.*, *Curtius in l. actione C. de transact.*, *Ferretus in l. cum quis cum aliter ff. de verb. oblig.* Ratio ex eo deduci potest, quia ea, quae accedunt contractui, qui iam est constitutus per sua essentialia, seu ad quem iam concurrunt ea, quae sunt de ipsius substantia, non vitiant ipsum contractum, sed potius vitiantur, sed talis est dolus, quo iam dispositus ad contrahendum quoad substantiam inducitur falsò ad pensionem inaequalem, ergo per illum non vitiatur contractus, seu non redditur irritus. Rursus ex eo, quod per dolum, & fraudem quis sit grauatus ex vi contractus potest sibi consulere de indemnitate, ergo poterit agere ad compensationem illius, in quo laesus est, *Bartolus in l. arbitrio ff. de dolo*, *Alexander in l. transactione num. 5. ff. de transanct.*, *Seifell. ad l. si id, quod ff. de iurisd. omn. iud.*, *Ioannes Igneus ad l. contractus num. 105. ff. de reg. iur.*, quod adeò verum est, vt laesus circa incidentia per dolum ad contractum possit agere ad indem-

Potest sibi consulere pro indemnitate.

Si læsio sit vltra dimidium læsus potest agere ad recissionem. indemnitatem contra hæredes lædentis, *Bartolus in l. in summa ff. de condit. indeb., & in l. ideò ff. de cond. furt.*, Si tamen dolus circa quantitatem talis sit, vt importet læsionem vltra dimidium, tunc non solum læsus potest agere ad compensationem iuxtà æqualitatem, sed etiam ad recissionem contractus per ea, de quibus latiùs superius egimus.

6 Hic oritur difficultas, an, si contractus fuerit initus per dolum dantem causam contractui, commissum tamen ab alio ab ipsis contrahentibus sit ipso iure nullus, & item si fuerit irritus per dolum incidentem in contractu per alium ab ipsis contrahentibus inducat aliquam actionem, & aduersus quem? Ad primam asserendum existimo, non esse contractum ipso iure nullum *l. eleganter ff. de dolo, & ibi etiam Alexander ad Bart. per l. 2. ff. de proxenetis, Baldus in l. 2. in 3. opposit. ff. de fideiuss., & in l. multum interest C. ne quis alteri, vel sibi*. Ratio huius asserti ea est, quia contrahentes liberè concurrerunt, quantum fuit ex se ad contractum, nec culpa mediatoris est alicui illorum computanda. Verum tamen est, quod si aliquis illorum fuerit læsus vltrà dimidium habebit actionem ad recissionem, & aduersus eum, qui ex dolo concurrit ad contractum, ad quantum interest, quod dolus non interuenerit. Ad secundam etiam asserendum est, si fuerit læsio vltrà dimidium, posse agere ad recissionem contractus, & aduersus eum, qui agit ex dolo actione doli ad quantum interest, quod dolus ille non fuerit commissus, vt ex se patet.

Culpa mediatoris nō est imputāda contrahentibus.

---

§. XVIII.

An pro rebus adinuentis possit quis exigere, & recipere mercedem.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & varia considerationes circa ipsum. 1.

Si res fuerit casu fortuito inuenta inuentor non potest exigere aliquam mercedem. 2.

Excipe, nisi inuentor laborem impenderit, vel in deferendo, vel in extrahendo rem cum difficultate. 3.

Si res fuerit inuenta, quia labore perquisita instante Domino, potest inuentor mercedem laboris exigere. 4.

Etiam si labor in perquisitione fuerit impensus ad arbitrium inquirentis. 5.

Inuentor in restitutione rei inuentæ potest exigere, quod Dominus exhibuit per proclama. 6.

Quod per Dominum inuentori rei propriè defertur, deferri præsumendum est gratis. 7.

Disquisitio XVIII. Amisit quis rem suam valdè pretiosam, quam tandem post multum temporis adinuenit Titius. Hic quidem dispositus erat ad eandem restituendam, sed exigebat quandam pecuniæ quantitatem à Domino in remunerationem inuentionis, & restitutionis. Quæritur iam quid iuris, an scilicet iustè exigere possit illam pecuniæ quantitatem, vel oblatam recipere. 1

Pro solutione aduerte, an res illa fuerit inuenta, quia labore perquisita, an verò fuerit fortuitò inuenta. Vlterius, an fuerit perquisita ad instantiā Domini, qui amiserat, an verò solum ad arbitrium, & voluntatem inquirentis. Item, an Dominus per proclama antecedentèr aliquid exhibuerit cuicunq; rem amissam adinuenerit, & sibi detulerit, quod Græci, *Minitra*, hoc est præmiū Indicis appellant, an verò nihil. Tandem, quantumuis nihil antecedentèr exhibuerit, an, si re ad se delata aliquid conferat, præsumendum sit illud gratis collatum, an verò, vt pretium pro inuentione.

Variæ considerationes circà inuentionē.

Respondeo primò, si fuerit res casu fortuitò inuenta regularitèr inuentor non potest exigere aliquam mercedem *Carocius de locat., & conduct. part. 1. sub tit. de rer. inuentoribus, seu de mercede occasionata qu. 9. n. 2.* Expressè colligitur *ex l. falsis §. qui alienam ff. de furt.* Ratio autem ex eo deducitur, quia inuentor ex lege iustitiæ tenetur rem inuentam Domino restituere, quandoquidem res ipsa semper clamat pro Domino, & iure quodam innato in ipsum fertur, ergo ratione illius non poterit aliquid pro mercede exigere, siquidem pro re iam iusto titulo alteri debita nequit quid pro ipsa nouo titulo exigi, si ille titulus non sit secundum se meritorius illius mercedis; Neque obesse potest textus *in l. 2. in fin. ff. ad leg. Rhod. de iactu*, non, inquam, obesse potest, quia ille textus de premio inuentionis non loquitur, vt legenti sit manifestum. Deindè quando etiam de eo loqueretur, procederet tantum, quando inuentio fuisset laboriosa respectu inuenientis, de quo infrà. 2

Res semper clamat pro Domino.

Dixi, *regularitèr*; non enim negauerim, quod, si inuentor, vel in deferendo rem ad Dominum, vel in eandem tempore inuentionis extrahendo à loco cum difficultate, & oneribus, opus aliquod, vel laborem impenderit secundum se meritorium alicuius præmij, posset illud ex iustitia exigere; tum quia optimè gessit negotium ipsius Domini, tum quia impendit illud opus secundum se meritorium compensationis, in fauorem eiusdem Domini, quod impendere non tenebantur, & quamuis lege charitatis videatur fuisse obligatus ad rem illam extrahendam, 3

Labor est meritorius congruæ mercedis

Benè gessisset negotium Domini.

dam, ne in deterius abiret, non propterea intelligitur fuisse adhoc obligatus sine retributione illius oneris, seu pro illo opere; neque quoad hoc præsumendus est inuitus Dominus eiusdem rei; quandoquidem ipse inuentor, vt asserebam, benè gessit illius negotium, & potius præsumi debet, quod ipse dominus voluerit subiaceri oneri illius mercedis, quam iacturæ rei propriæ.

4 Respondeo secundò, si res fuerit inuenta, quia labore perquisita instante domino potest inuentor iustè exigere mercedem laboris, quem impendit, & retinere rem ipsam inuentam, donec sibi congruentèr fuerit satisfactum *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienam ff. de furtis, Iason in l. 4. §. si tibi indicium sub nu. 2. ff. de condict. ob turp. caus., Felinus in c. dilecti nu. 7. de accusat.* Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est meritorius lucri, nec secundum se est debitus in fauorem Domini, ergo non est, cur compensari non debeat, cum omnis labor optet præmium. Ad hoc annuere videtur *Bartolus in d. l. falsus §. qui alienum nu. 6. ff. de furtis*, dum dicit, quod, si res non est inuenta, sed inuenienda, tunc possit inuentor petere pretium inuentionis iuxtà textum *in l. 2. §. fin. ff. ad leg. Rhod. de iactu, & in l. 4. §. si tibi indicium ff. de cond. ob turp. caus.* Quimmmò subdit *ibid. Bartolus*, quod, si pro re tua inuenienda aliquid expendi, tenearis mihi ad illud reddendum actione negotiorum gestorum, ergo etiam mihi teneberis ad compensandum laborem in re illa acquirenda, & adinuenienda, quia non minus sunt compensabiles impensæ factæ in inuentione, ac labor impensus in eadē &c.

Ille labor non est debitus, & est meritorius præmij.

5 Respondeo tertiò, si fuerit impensus labor secundum se pretio æstimabilis in inquisitione, & inuentione rei non quidem ad expressam instantiam Domini, sed ad arbitrium, & voluntatem inquirentis, & inuenientis, probabilius est, posse inuentorem exigere præmium, seu mercedem talis laboris. Ratio ex eo deducitur, quia ille labor secundum se est pretio æstimabilis, & est impensus in fauorem Domini; Nec obesse potest, si asseratur, quod à domino ille labor non sit requisitus, adeoque, quod impendens debeat sibi imputare, quod impenderit, sicque nequeat exigere illius compensationem; Non, inquam, obesse potest, quia vtilitèr gerens negotia alterius etiam non requisitus potest exigere mercedem negotiorum gestorum, quandoquidem negotiorum gestor propriè dicitur sine mandato gerens, & cui cura, vel officium non sit iniunctum *In Specul. de instrum. edit. §. 14. vers. ad primum*; sicuti igitur negotiorum gestor potest petere expensas vtiles, si vtilitèr gessit *l. 1. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. act.* ità nec videtur excludi à petitione compensationis laboris, si vtilitèr impenderit, cum sit eodem modo compensabilis.

Qnamuis non requisitus vtilitèr gessit negotium Domini rei inuentæ.

Respondeo quartò, si Dominus, qui rem amiserat, per proclama, vel alio modo inuentori exhibuerit aliquid pretio æstimabile, potest hic regularitèr illud restituendo rem inuentam exigere. *Didacus Coaruuias in reg. peccatum part. 2. §. 3. n. 3., Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de rerum inuentoribus q. 9 n. 3. vers. 4 concl.* Ratio ex eo deducitur, quod, ex quo sponte exhibuerit per proclama, vel alio modo, videtur sponte se obligasse ad illam solutionem, sicque ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissum, & in hoc verificatur, quod, quamuis illa promissio ante factum fuerit libertatis, ex post facto sit necessitatis. Verumtamen est, quod, si ante proclama rem quis inuenerit sciens dominum eiusdem, & restitutionem distulerit animo acquirendi aliquam mercedem, quantumuis ex rigore iustitiæ sibi non debitam, tunc saltem ex prauitate animi delinquat in recipiendo, quandoquidem, quamuis videatur gratis conferri à domino, ex malitia tamen ipse differendo acquisiuit. 6

Ex promissione inuentor ius acquisiuit ad promissū

7 Respondeo quintò, si dominus rem prius amissam receperit delatam ab inuentore, & aliquid eidem inuentori, & delatori contulerit, præsumendus est, quod gratis omninò contulerit, & animo liberali, nisi ex coniecturis interuenientibus aliud dignoscatur, & propterea inuentor potest illud iustè recipere, & detinere. Idem *Didacus Coaruuias in d. reg. peccatum §. 2. §. 3. num. 3.* Ratio huius responsionis ex eo deducitur, quod nulla vis ipsum compellit ad conferendum, & ius habet rem suam consequendi sine alio, nisi ex parte inuentoris intercesserint impensæ, vel labores, quia res semper clamat pro domino, & ad ipsum fertur, nisi aliquo vinculo iusto detineatur, ergo, si in receptione rei suæ aliquid inuentori contulerit, præsumendus est, quod spontè, & animo liberali contulerit, & in remunerationem, non ex animo satisfaciendi pro aliquo debito ex iustitia, sicque est merces occasionalis voluntaria, & spontanea.

Nulla vis compellit ad aliquid deferendum.

---

§. XIX.

An quandoque socij conductoris participent in damnis vnius.

SVMMARIVM.

Exponitur casus in ijs, qui nauem conduxerunt ad vehendas merces. 1.

Qui merces suas proiecit in Mare ad saluandas illas aliorum, habet locati actionem aduersus magistrum nauis, hic verò actionem

nem conducti aduersus alios conconducto-res. 2.
Nauclerus etiam agere ex conducto aduersus alios conductores, quantumuis nullas habeat merces. 3.
Compensatio facienda est ad ratam iuxtà aestimationem mercium demersarum. 4.
Satisfit rationibus aduersis. 5.

1 Casus expositus. DIsquisitio XIX. Conduxerant plures eandem nauim ad transferendas suas merces in Hispaniam; cumque per aliquod temporis nauigassent, suborta subita tempestate ad euitandum periculum naufragij imminentis aliquis ex ipsis conductoribus proiecit merces suas in mare; hinc, cum tempestas cessarit, aliorumque merces saluae fuerint, & etiam nauis, quaesitum fuit, an ille, qui merces proiecit, aliquam habeat actionem, & quamnam, tàm contra magistrum nauis, quàm aduersus alios vectores.

Rationes dubitandi pro sententia negante quamcũq actionem. Et quidem nullam actionem habere aduersus magistrum nauis ex eo deduci posse videtur, quia, quod illae merces proijcientis perierint, non fuit ex aliqua culpa eiusdem magistri locatoris nauis, sed ex casu fortuito, & inopinato; locator autem, sicuti nec conductor non tenentur ex casibus fortuitis, & inopinatis per ea, quae latiùs dicta sunt in superioribus. Immò nec actionem aliquam habere posse videtur aduersus alios conductores nauis, quandoquidem, nec ipsi fuerunt in aliqua culpa, sed naufragium euenit ex casu inopinato; quin etiam, cum omnes ipsi conductores adinuicem non conuenerint, sed solummodò cum magistro nauis, non est, cur ad inuicem possint obligari. Nihilominùs

2 Respondeo, cum, qui in data hypothesi merces suas proiecit in mare, quae perierunt, cum eas quodammodò magistro nauis vehendas locauerit, debere actione locati aduersus eundem magistrum agere; hunc verò cum reliquis ex conducto, quorum merces saluae sunt, vt detrimentum proportione communicetur. Expresè haec responsio colligitur *ex l. si laborante 2. ff. ad leg. Rhod. de iactu in principio*.

Iactura mercium facta est in fauoré tùm magistri nauis, tùm aliorum conductorum. Ratio primae partis ex eo deducitur, quia ex vna parte quantumuis iactura mercium alicuius non prouenerit ex culpa magistri nauis, nec aliorum conconductorum, nihilominùs illa iactura facta est tum in fauorem eiusdem magistri, tum aliorum, quia, si illae non fuissent proiectae, tota nauis cum mercibus aliorum periculo naufragij subiacebat; ex alia parte, cum nullus

Actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu. contractus fuerit initus inter ipsos conconductores nulla inter ipsos videtur posse actio consurgere, quia actio oritur ex obligatione, obligatio ex contractu, ergo, quia, iactura istius cessit in omnium vtilitatem, & etiam potissimum ipsius magistri nauis, poterit quidem agere, quia verò cum solo nauclero locatione contraxit, & non cum alijs poterit aduersum ipsum agere ex locato, & non directè aduersus alios.

Cum alijs conductoribus agit nauclerus actione prouenìente ex cõtractu. Ratio secundae partis ex eo deduci potest, quia, ex quo nauclerus, seu magister nauium actionem aduersus se patitur ab eo, cuius merces iacturam passae sunt, ius habet, vt ab alijs conductoribus ad ratam subleuetur, cum quibus cum ipse contraxerit, iustè poterit actione contractus, qua alij cum ipso contraxerunt, agere aduersus ipsos ad sui leuamen; vndè meritò subdit textus *in d. l. si laborante ff. ad leg. Rhod. Aequissimum est commune detrimentum fieri eorum, qui propter res amissas aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent.* Quinimmò in hoc eodem textu, vt legenti sit manifestum, potest ille, cuius merces iacturam passę sunt, agere cum magistro nauis actione locati, vt caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent.

3 Textus ad rem manifestus. Hic suboritur difficultas, an, si alij in naui existentes nullas habuerint sarcinas, nullasque merces, adhuc ille, qui passus est iacturam, debeat agere aduersus magistrum, & magister aduersus alios ex conducto. Respondet textus citatus haec verba. *Planè commodius est, si sint, retinere eas, aut si non sint, si totam nauem conduxerunt, ex conducto agant, sicut vectores, qui loca in naue conduxerunt.*

4 Merces demersae compensandae sunt iuxta aestimationẽ. Rursus alia excitatur hic difficultas, an facto iactu mercium alicuius ad subleuandam nauem compensatio sit facienda ad ratam iuxtà pondus mercium, quae submersae sunt, an verò iuxtà aestimationem earundem. Expresè habetur in eodem textu *in l. si laborante §. cum in eadem naui ff. ad leg. Rhod.* compensationem faciendam esse ad ratam, & ad aequalitatem aestimationis rerum, quae submersae fuerunt. Ibi, *iacturae summam pro rerum pretio distribui oportere.*

5 Iactura istius cedit in omnium vtilitaté. Ad id, quod ex aduerso afferebatur, dicendum est iuxtà superiùs dicta, quod, quamuis ex nullorum culpa illa iactura prouenerit, ex aequitate tamen iuribus sic disponentibus sit cum omnibus conferenda, sicuti enim in communem omnium vtilitatem facta est, ità per omnes sit compensanda, &, sicuti omnes participant de vtilitate, ita omnes communicare debent in damnis. Ad illud, quod subditur in ordine ad alios conconductores, iam patet ex dictis, quid sit respondendum; quamuis enim, quia ad inuicem inter se non contraxerunt, non possunt agere directè ex contractu, quia tamen isti conductores contraxerunt cum magistro nauis, possunt agere indirectè contra illos agendo contra eundem magistrum iuxtà superiùs explicata.

§. XX.

An, si locator nauis damnum in naui passus fuerit, communicet damnum cum vectoribus, seu conductoribus suis.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes dubitandi. 1.
Damnum illud deteriorationis in naui non est cum conductoribus communicandum. 2.
Excipe, nisi ipsi conductores causa fuerint talis deteriorationis. 3.
Satisfit rationibus oppositis in ratione dubitandi. 4.
Si nauis fuerit capta à piratis, & ab vno redempta compensatio facienda est ab omnibus, & quare. 5.

1 DIsquisitio XX. Iuxtà terminos præcedentis disquisitionis facta per Magistrum locatione nauis pluribus conductoribus iam iter fuerat incohatum, sed suborta tempestate nauis in quemdam locum collisa est, ex quo deteriorationem aliquam passa est, non tamen omninò perijt. Contendebat postea idem magister, vt damna sibi communibus conductorum expensis ad ratam reficerentur. Quæritur hic quid iuris in præsenti hypothesi.

Rationes euincẽtes onus cõpensationis in omnibus

Et quidem ex dictis in præcedenti disquisitione videtur dicendum, legitimum esse ius eiusdem magistri inquirentis compensationem damnorum in naui ex communibus sumptibus ad ratam, quandoquidem, sicuti ipse tenetur ex locato, si conductorum merces ex causa communi perierint, quamtumuis nec sua, nec aliorum culpa inciderit iactura, seu detrimentum, ita alij conductores videntur teneri ex conducto, si ipsa nauis ex causa communi deterior facta fuerit, quantumuis sine eorundem conductorum culpa deterioratio contigerit. Nihilominus

2 Respondeo, damnum illud deteriorationis in naui non esse cum conductoribus communicandum, *Glosa in d. l. si laborante §. si conseruatis ff. ad leg. Rhod. de iactu*. Colligitur expressè ex *d. l. si laborante, vbi in d. §. si conseruatis*, sic legitur. *Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit, nulla facienda est collatio*. Ratio ex eo deducitur, quia qui locauit rem alicui ad aliquem finem, seu effectum, ex quo res illa alicui periculo ex natura talis effectus exponitur, eueniente tali periculo, quo res illa locata deterioretur, nullum ius habet compensationis aduersus conductores, quandoquidem, & illud periculum præuidere potuit, cum frequentèr accidat in similibus nauigationibus, & illa deterioratio contingit in vsu rei, ad quem locauit, ergo non est, cur illa deterioratio sit communicanda cum alijs conductoribus. Confirmatur, quia qui conductus est ad aliquod exercitium in fauorem alterius conuenta certè pecuniæ quantitate pro illo exercitio, si illi instrumentum aliquod illius artis confringatur, non potest abeo, cui se locauit in tali exercitio exigere compensationem illius instrumenti fracti, prout clarè habetur *in d. l. si laborante §. si conseruatis ff. ad leg. Rhod.*, non alia ratione, nisi quia obligans se ad opus, obligat se, eaque, quæ sunt necessaria ad tale opus, &, si aliqua deterioratio contingat in instrumentis necessarijs ex vsu illorum, hoc est ex natura talis vsus, pro qua propterea non potest aliquid pretio æstimabile exigere distinctum a mercede talis vsus, ergo &c. Hic tamen aduertendum est, prout etiam ibi benè aduertit textus quod, si illa deterioratio in naui secuta fuerit ex voluntate conductorum, quatenus quid voluerint contrà voluntatem magistri, ex quo illud detrimentum natum sit, vel ex aliquo metu, tunc communicatio damni sit facienda cum omnibus.

Illa deterioratio contingit ex vsu rei

Euincitur etiam paritatibus, & exemplis

3

Excipe nisi deterioratio fuerit ex causa cõductorũ.

4 Ad rationem, quæ ex aduerso afferebatur, facile patet disparitas, quia quoad ea, quæ spectant ad nauim, non pertinet ad conductores, sed solum ad Dominum nauis, qui vtique conscius esse debuit, quod pericula omnia quoad ipsam debebant pro prijs damnis cedere, cum talia damna prouenianr ex vsu; quoad ea verò, pro quibus ipse magister mercedem accipit, ad ipsum etiam spectare debet, cum ex locato se obligauerit. Dici etiam potest, quod ipse ex contractu se obligauerit erga conductores quoad eorum merces, non sic conductores erga ipsum quoad indemnitatem nauis. Hoc est, quod innuitur *in d. §. si conseruatis*, dum dicitur, *quia dissimilis earum rerum causa est, quæ nauis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem quis accipit*.

Satisfit rationibus ex aduerso oppositis in ratione dubitandi.

Hic alia suboritur difficultas excitata in eodem textu *l. si laborante §. nauis ff. ad leg. Rhod. de iactu*, an si nauis fuerit capta à Piratis, & ab vno ex conductoribus redempta, pretium redemptionis sit ab omnibus ad ratam conferendum, & an, si merces alicuius ex conductoribus fuerunt per prædones ablatæ, sint ab omnibus alijs ad ratam resarciendæ, vel si fuerint per Dominum earum redemptæ, pretium redemptionis sit inter omnes communicandum. Expressè definitur in eodem textu, quod pretium redemptionis nauis sit ab omnibus conferendum, secus verò pretium redemptionis rerum amissarum. Hic solum remanet difficultas in inquirenda ratione, cur, si nauis deterioretur per collisionem ad scopulum,

vel

Nauis à piratis capta, & ab vno ex conductoribus redẽpta est soluenda à singulis

vel per quid simile, non sit damnum inter conductores communicandum; si verò à Piratis capiatur, & redimatur, pretium redemptionis sit ad ratam per omnes conferendum. Hoc crediderim ex eo prouenire, quia in primo casu agitur solum de interesse eiusdem magistri nauis, in secundo verò de communi omnium interesse.

---

§. XXI.

Casus practicabiliores circà mercedem remuneratoriam.

SVMMARIVM.

Facti series, & varij articuli circà ipsum excitati. 1.

Indicator, seu defensor potest iustè recipere mercedem remuneratoriam, quantumuis ex alio titulo iustitiæ, seu charitatis fuerit obligatus ad denuntiandum, seu defendendum. 2.

Remuneratio, seu merces remuneratoria in hac hypothesi est talis, vt neque ex causa ingratitudinis possit reuocari. 3.

Nec à Principe, à quo collata est illa merces remuneratoria. 4.

Remuneratio ob benemerita extenditur etiam ad ius ad rem ex promissione. 5.

1 Disquisitio XXI. Moliebatur quis aduersus certam personam, vel fortè etiam Principem damna, & iniuriosas actiones. Conscius Andræas huiusmodi molitionis molitorem indicauit, vel personæ, aduersus quam moliebatur, vel ipsi Principi, vel fortè etiam defendit ab huiusmodi iniurijs, infestisque actionibus. Motus Princeps, vel illa persona, aduersus quam diregebatur illud machinamentũ ob talem Andreæ beneficentiã illi contulit prò mercede priuilegium, ista verò persona quædam bona immobilia. Hic duplex potissimũ ratio dubitandi consurgit. Prima, an licitum sit Andreæ recipere illam mercedẽ prò indicatione, seu defensione ab iniuria, quantumuis ex lege iustitiæ, seu charitatis fuerit obligatus ad indicandũ, seu defendendum. Secunda, an illud priuilegium, seu merces sic collatum, seu collata, sint reuocabilia ex causa ingratitudinis; & quidem absolutè posse recipere illud priuilegium, seu mercedem, si liberè conferatur, nulli dubium esse potest, quandoquidem non est, quin quis possit recipere, quæ titulo gratuitæ donationis sibi conferuntur ab habente legitimam potestatem conferendi, & ius in re, seu iure, quod confert. Difficultas igitur solummodò est, an, licitè possit recipere in ratione mercedis formalitèr, vt remuneratoriæ.

Duplex ratio dubitandi excitata circà factũ expositum.

Qua in re prima fronte dicendum videtur, quod non possit, quandoquidem actio remuneratoria respicit remunerabile meritum; meritum autem remunerabile non est, vbi est ex alio titulo, vel iustitiæ, vel charitatis debitum, vndè dicitur, quod concessio, seu priuilegium concessum ob benemerita non sit liberalitas, nec indigeat insinuatione, sicuti simplex donatio *Alexander cons.216. nu.2. lib.2., vbi allegat textum in l. si Pater §. fin. C. de reuocat. donat., Tiraquel in l. si vnquam in verb. donatione largitus n. 13., & seq. C. eodem.*

Sententia negans posse recipere.

Respondeo primò, potest indicator, seu defensor iustè recipere illud priuilegium, seu mercedem remuneratoriam, quantumuis ex alio titulo iustitiæ, seu lege charitatis fuerit obligatus indicare, seu defendere, *Boerius decis. 27., Romanus cons. 26. num. 8., Fortunat. in leg. 1 §. ius naturale, ff. de iust., & iur., Curt. Sen. cons. 66. num. 2., Grammat. decis. 65. num. 24., Emanuel. in suo thesaur. litt. D. num. 239.* Hæc responsio expresse colligitur *ex l. si Pater §. 1. ff. de donat.*, vbi sic legitur. *Si quis aliquem à latrunculis, vel hostibus eripuit, & aliquid pro eo ab ipso accipiat, hac donatio irreuocabilis est, nam merces laboris eximij appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit.* Ratio autem ea est, quia ius naturale dictat beneficia pro beneficijs esse rependenda, & grata gratis compensanda. 2

Beneficia beneficijs compensantur.

Neque obesse potest ratio, quæ in contrarium afferebatur, nam, quantumuis ex alio titulo indicans, & defendens teneretur indicare, & defendere, non per hoc tollitur, quia opus illud exercitum sit meritorium ex iure, & æquitate naturali remunerationе, quandoquidem, quamuis teneatur non omittere exercitium illius operis indicationis, & defensionis, si commodè posset, non propterea cessat illud opus esse meritorium mercedis, ea proportionali ratione, qua quis potens rem alienam sine suo graui incommodo extrahere ab incendio, tenetur ex charitate illam extrahere, nec propterea opus, quo extrahit, non est dignum sua mercede, vndè lex charitatis respicit solummodò, vt quis consulat indemnitati alterius, non tamen tollit meritum talis operis, quod contulit.

Respõsio ad ea, quę afferũtur in prima opinione negante.

Respondeo secundò, priuilegium illud à Principe concessum ob indicationem, & defensionem, & merces ab altero collata ob similes rationes, talis conditionis sunt, vt nequeant neque ex causa ingratitudinis reuocari. *Alexander cons. 115. vol. 1., Suarez in suo thesaur. littera D. num. 240., Iason in l. & hoc iure num. 54. ff. de iustit., & iur., Baldus in l. precibus num. 13. C. de impub., Castrensis in l. digna vox C. de legib., Decius cons. 604. num. 9., & cons. 689. n. 5., Cravett. cons. 241.* 3

Remuneratio non indiget insinuatione

num. 10. Hæc etiam responsio expressè colligitur ex d. l. si Pater §. 1. ff. d. donat. Ratio autem ex eo deducitur, quod remuneratio non est simplicitèr donatio, quæ indigeat insinuatione, *Bartolus in l. Aquilius in vlt. col. ff. de donat., & in prima constitut. digestorum in vlt. col. verb. præterea*, sed collatio ex causa beneficij ante recepti. *Bartolus in l. sed si lege §. consuluit in 2. not. ff. de pet. hæred.*, sed quod datur ex causa, est ex genere suo irreuocabile; ergo &c.

4 Prohibita alienari possunt dari in causâ remunerationis.

Hæc adeò vera sunt, vt, si quis propter defensionem Principis ab aliqua iniuria in remunerationem receperit aliquod priuilegium, seu immunitatem, hæc nequeant ab eodem Principe reuocari neque ex causa ingratitudinis, quandoquidem non est simplex, & gratuitum beneficium, sed quodamodò debitum ex causa; remuneratio etenim in tantum fieri debet, vt etiam prohibita alienari possint dari in causam remunerationis, *Bartolus in d. prima constit. digestorum in vlt. col. vers. præterea probo per l. iubemus nullum C. de Sacrosanct. Eccl.* Ex quibus ampliat *Carocius de loc., & conduct. part. 1. sub tit. de condict. ob caus., seu de mercede remuneratoria q. 10. n. 4.* textum *in d. l. si Pater §. fin.*, vt procedat, siue remuneratio fiat in aliqua specie, vel quantitate, siue in priuilegio, vel immunitate. Quinimmò aliqui docent, quod nec de plenitudine potestatis possit Princeps reuocare id, quod per viam priuilegij, vel immunitatis concessit in recognitionem, præmium, vel mercedem obsequij præstiti *Alexander cons. 54. col. penult. lib. 4., Parisius cons. 11. num. 44. lib. 1., Natta cons. 122., Rolandus à Valle cons. 66. n. 38. lib. 2.*

5 Remuneratio facta à Principe ob benemerita præsumitur facta motu proprio.

Insuper adeò fauorabilis est hæc materia remunerationis, vt extendatur etiam ad ius ad rem ex simplici promissione, & obliget etiam hæredem promittentis *Ruinus cons. 37. num. 17. lib. 1., Iason in l. 1. num. 14. de constit. Princip., Decius in c. 1. n. 17., & ibi Felinus n. 2. de probat.* Tandem tantæ efficaciæ est remuneratio, vt concessio facta à Principe ob benemerita præsumatur facta motu proprio *Alberic. in l. 1. in princip. ff. quod quisque iur., Alexand. in l. 3. eod. tit., Ias. in l. ex hoc iure n. 56. ff. de iust., & iur.*, qui omnes testantur de communi.

---

§. XXII.

An concessa causa remunerationis sint reuocabilia ob superuenientiam filiorum, & an fieri possit inter personas prohibitas.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes dubitandi circa ipsum. 1.

Per superuenientiam filiorum non est reuocabilis merces remuneratoria facta benemerenti. 2.

Potest tamen reuocari quoad excessum supra debitum. 3.

Donatio inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem est reuocabilis, non tamen remuneratio ex causa meritorum. 4.

Requiritur, vt remuneratio facta per Patrem sit irreuocabilis, vt fiat expressa, & indiuidua mentio meritorum, & vlterius valida, & expressa probatio. 5.

Esset tamen irreuocabilis, si vltrà assertionem patris specificam meritorum concurrerent aliæ præsumptiones, vel coniectura coadiuuatiuæ. 6.

Filius, qui legitimè recepit talem mercedem remuneratiuam à Patre ob merita sufficientèr probata non tenetur eadem conferre cum alijs Fratribus, nec in legitimam reducere. 7.

Disquisitio XXII. Ob beneficia, quæ Antonius contulit Andreæ indicando eidem damna imminentia, ipsumque ab hostibus defendendo, idem Andræas nonnulla bona etiam immobilia ipsi Antonio contulit in remunerationem, & recognitionem meritorum. Quibus peractis eidem Andreæ superuenerunt filij, & quidem plures. Quæritur iam, an ob superuenientiam huiusmodi filiorum possit reuocare mercedem remuneratoriam, sicuti posset reuocare simplicem donationem. Rursus Andræas postquam filios nonnullos habuerit, alteri illorum ob benemerita erga se præstita remuneratorium præmium ei dem contulit. Hic iam quæritur primò, an, sicuti donatio inter Patrem, & filium non est valida, sed reuocabilis, ità sit reuocabilis, & inualida actio remuneratoria. Secundò ex suppositione, quod non sit reuocabilis, an sit necessaria expressio meritorum in tali remuneratione, an verò sufficiat, quod fuerit generalis, & implicita. Tertiò, an filius, qui talem remunerationem recepit à patre, teneatur eandem conferre cum alijs fratribus, & an eadem sit computanda in legitima eiusdem. 1

Duplex difficultas explicatur quoad titulum, & articuli circà ipsam.

Respondeo primò, per superuenientiam filiorum non est reuocabilis merces remuneratiua facta benemerenti, *Decius cons. 366. num. 10., Iason cons. 154. n. 2. lib. 2., Iulius Clarus in §. donatio q. 23. vers. item quæro, an depositio, Romanus in l. si verò §. de viro limit. 10. ff. solut. matrimon., Iason in l. si non sortem §. libertas col. 5. num. 8. ff. de condit. indeb.* 2

Merces remuneratoria non est simplex donatio sed debita.

Probatur, quia merces remuneratoria ob merita, & beneficia præstita non est ex liberali beneficentia, sed ex causa, & quodamodo debita, ergo ob superuenientiam filiorum non potest tolli. Consequentia probatur, quia per superuenientiam filio-

rum

rum non possunt reuocari ea, quæ per patrem collata sunt in solutiones ex debito, ergo neque poterunt ob eandem causam reuocari ea, quæ collata sunt titulo remunerationis ob merita, & beneficia præstita in fauorem remunerantis. Consequentia etiam euincitur, quia, quod confertur titulo remunerationis propriè sumptæ, habet rationem debiti saltem ex iure naturali, quod licet ante concessionem non posit exigi per actionem ciuilem, collatum tamen reuocari non potest, cum remuneratus possit se munire exceptione de iure ciuili ad differentiam simplicis donationis, quæ, cum indigeat insinuatione, per superuenientiã filiorum reuocari potest sic iure disponente. Confirmatur primò, quia maius est vinculum, quod consurgit ex concessione ex titulo remuneratiuo, quam, quod consurgit ex titulo donationis omninò gratuitæ, quandoquidem illud est ex causa, hoc sine causa, istud ex mera liberalitate, illud ex aliquo onere saltem naturali, vndè iura potiora priuilegia fundata in naturali æquitate contulerunt remunerationi, ac contulerint simplici donationi, ergo &c. Confirmatur secundò ex ijs, quæ dicta sunt superius, quia remuneratio tantæ virtutis, efficaciæ, & potentiæ est, vt etiam prohibita alienari dari possint in causam remunerationis *Bartolus in prima constitutione digestorum in vlt. col. vers. præterea probo per l. iubemus nullum C. de Sacros. Eccl.*, ergo etiam talis, ac tantæ virtutis esse debet, vt alienata ex tali titulo nequeant reuocari etiam ob causas, propter quas, si talis titulus non adesset, possent reuocari, adeoque, nec propter superuenientiam filiorum. Consequentia probatur, quia, si vim tribuit, vt transferantur, quantumuis non sint transferibilia iure obstante, ergo etiam vim tribuit, vt translata non possint reuocari, cum ratio, quæ concedit transferibilitatem in non transferibilibus, concedat etiam irreuocabilitatem in reuocabilibus. Quamobrem nonnulli afferunt *ad l. isti quidem ff. quod metus causa*, quod, quamuis pater plus præsumatur diligere filium, quam se ipsum, non tamen ex filiorũ superuenientiam censeatur habuisse animum reuocandi actũ remuneratorium, ad tollendum vitium ingratitudinis *Altiatus reg. 1. præsumpt. 1.*, *Silua nupt. lib. 1. n. 58.*

Marginalia: Remuneratus potest se munire exceptione de iure ciuili. — Rationes euincentes responsionẽ.

3 Hic excitant nonnulli controuersiam, an, si remunerator contulerit benefactori sub titulo remunerationis supra id, quod exigunt merita eiusdem benefacientis, ob superuenientiam filiorum possit saltem reuocare id, quod excedit eadem merita. Respondendum est saltem quoad excessum supra merita ob superuenientiam filiorum posse reuocari *Ruinus conf. 67. num. 10. vol. 5. Decius conf. 20.*, *Corne. conf. 194. col. 1. vol. 3. Socin. conf. 295. col. 4. vol. 2.*, *Bertran. conf. 175. num. 11. vol. 2. in nouis*, *Diaz regul. 213. limit. 6.* Ratio ex eo deduci potest, quia donatio simplicitèr facta ob superuenientiam filiorum reuocatur *l. omnia, quæ iure ff. de reg. iur.*, vt est in cõfesso apud omnes tùm Theologos, tùm Iuris peritos, ergo, & remuneratio secundum eam rationem, secundum quam præmium excedit meritum. Consequentia probatur, quia secundum eam rationem, secundum quam præmium excedit meritum, habet rationem simplicis donationis, non remunerationis, ergo, si donatio simplex est reuocabilis ob superuenientiam filiorum, ob eandem rationem remuneratio sub eo respectu, quo excedit merita, erit reuocabilis. Confirmatur, dum quis rem valentem multum vendat modico pretio animo donãdi in eo, in quo plus valet, est donatio, & reuocatur per superuenientiam liberorum *l. si vnquam C. de reuoc. donat.*, *Baldus in l. 1. C. de pactis*, ergo etiam, si quis merita modicum valentia remuneretur mercede multa, & excedente, id, in quo excedit merita, computabitur, vt donatio, & erit reuocabilis ob superuenientiam filiorum. Consequentia tenet, quia non est assignabilis ratio, ob quam id, quod est supra æstimationem rei venditę computetur pro donatione, & sit reuocabile, id verò, quod est supra valorem meritorum, non sit computandum etiam pro donatione, & non sit etiam reuocabile.

Marginalia: Secũdum rationem excessus habet rationem simplicis donationis. — Euincitur paritate rationis.

Respondeo secundò, quantumuis donatio inter patrem, & filium, maritum, & vxorem non sit valida, & per consequens reuocabilis, remuneratio tamen facta ob merita inter eosdem valida est, & irreuocabilis *Glosa, Bartolus, Baldus, & alij in auth. vndè si parens C. de inoffic. testam.*, *Ioannes Crot. in repetit. l. frater à fratre num. 4. ff. de condict. indeb.*, *Bartolus in l. si tibi decem §. si pactus ff. de pactis Tiraquel ad l. si vnquam in verb. donatione num. 19. C. de reuoc. donat. Castrensis in l. Aquilius col. 2. ff. de donat.*, *Florian. in l. quæ pater ff. famil. ercifcun.* Ratio autem huius responsionis ea esse potest, quia leges, quæ procedunt de simplici donatione, non procedunt etiam de remuneratione, nam in primis, quæ prohibita sunt alienari, non possunt conferri titulo simplicis donationis, possunt tamen conferri titulo remunerationis per *Bartolum suprà allegatum in dict. prima constitutione digestorum in vlt. col. vers. prætereà probo*, item, quæ conferuntur titulo simplicis donationis, sunt reuocabilia ob superuenientiam filiorum vt supra, quæ verò conferuntur ex titulo remunerationis ob merita non sunt ob talem causam reuocabilia; vndè non incongruè notant *Doctores in l. si donatione C. de collat.*, quod, quantumuis donatio simplex 4

plex inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem non teneat, teneat tamen collatio remuneratoria ob merita. Ratio fundamentalis eorum omnium, quæ hic dicuntur, ea est, quia ex vna parte iura statuentia inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem non posse esse donationem, sunt stricti iuris, & grauosa, nec proindè extendenda vltra expressa, cum inducta fuerint ad præcauenda damna, quæ ex speciali prædilectione possunt obuenire; ex alia parte merita respectu cuiuscunque sic exigente æquitate naturali sunt sua digna remuneratione, ergo, quia illa iura sunt stricti iuris, nec militat eadem ratio, non sunt extendenda ad casum remunerationis, quia verò priuilegia, & efficacia remunerationis indifferentèr respiciunt omnes, non debent excludere filios respectu Patris, nec vxorem respectu mariti.

Iura prohibentia donationem inter Patrē, & filium sunt stricti iuris.

5 Respondeo tertiò, non sufficere, adhoc, vt remuneratio facta per Patrem ad filium, & per maritum ad vxorem, sit valida in foro exteriori, nec sit reuocabilis, vt per eundem patrem, vel maritum in eodem fiat mentio generalis, & implicita meritorum, nec etiam expressa, & indiuidua, sed vlteriùs requiritur valida, expressaque probatio eorundem, *Iason repetit. l. frater à fratre sub num. 44. vers. 2. limita ff. de condict. indeb., Ruinus cons. 44. in fin. lib. 5., Pedemont. decis. 171. n. 19., Ioseph de Ludouic. concl. 14. illat. 11. fol. 27., Emanuel Suarez in suo thesaur. litt. D. nu. 201., Corset. cons. 289. col. fin. lib 4.* Ratio autem, cur standum non sit, nec generali, nec speciali assertioni Patris, vel mariti de meritis filij, & vxoris, ea est, quia eadem ratio, propter quam iura prohibent donationem simplicem inter Patrem, & filium, maritum, & vxorem, militat quoad eandem assertionem, siue generalem, siue specialem, ergo, sicuti illa inualida est quoad substantiam, hæc erit inefficax quoad effectum, seu probationem. Antecedens probatur, quia ideò iura prohibent huiusmodi donationem, quia præsumunt, quod per specialem prædilectionem fieret præiudicium alijs, qui de iure succedere debent, sed præsumptio, quæ potest esse de donatione ob talem prædilectionem, ob eandem potest esse de tali expressione siue vniuersali, siue indiuidua, siquidem dilectio non solum mouere potest ad conferendum, sed etiam ad exprimendum finem, qui non est, talis collationis, ergo &c.

Esset inefficax quoad probatione, & effectum.

Esset semper præsumptio simplicis donationis.

6 Non negauerim tamen, quod, si vltrà assertionem patris, vel mariti, & etiam enumerationem in specie meritorum concurrerent aliæ præsumptiones, vel coniecturæ coadiuuatiuę, tunc saluaretur remuneratiua actio *Iason cons. 154. col. 4., & clarius cons. 184. col. penultim. vers. sed præmissis lib. 2., Alciatus reg. 1. præsumpt. 16. n. 3. resp. 584. n. 5. Iac. Menoch. de arb. Iud. lib. 2. cent. 2., & cons. 112. vol. 2., Crauet. de antiquit. temp. part. 1. sect. 2. nu. 69.* Ratio autem ex eo deducitur, quod probatio, quę fit per præsumptiones, & coniecturas coadiuuantes, sufficit, quandò alia probatio est difficilis de sui natura *Alexand. cons. 55. 2. parte, Feder. de Sen. cons. 119. si nulli dubium*, & ex pluribus coniecturis, & præsumptionibus fit plena *Glosa in l. 2. ff. de excusat. tut., & in c. cum causam de probat., Bartholomæus Socin. in cons. 187. incip. in controuersia vers. ex quibus omnibus circà fin. in 2. part.*, ergo &c.

Probatio per præsumptiones sufficit quando alia nō adest.

Respondeo quartò, filius, qui legitimè recepit prædictam remunerationem à patre ob merita sufficientèr probata modo, quo supra, non tenetur eandem conferre cum alijs fratribus, nec eandem deducere in legitimam sui partem. *Decius in l. si à Patre in l. si emancipati C. de collat., Curt. de legitima in verb. ex substantia num. 9. fol. 57.* Verum tamen est, quod ad verificandam hanc responsionem requiruntur multæ conditiones, quarum prima est, quod filius præstiterit beneficia in patrem, quæ alias de iure conferre non tenebatur, ob quæ consecutus fuerit illam remunerationem *l. donari ff. de donat.*; Secunda, quod merita æquiualeant donationi, seu remunerationi, alias non valebit quoad illum excessum remunerationis supra merita *Iulius Clarus in verb. donatio qu. 3. vers. sed numquid q. 8. vers. hoc tamen Cagnol. ad l. 2. num. 196. C. de rescind. vendit., Iason in auth. vndè si parens nu. 16. C. de in offic. testam.* In dubio autem, seu controuersia, an talia merita sint æquiualentia, Iudicis arbitrio standum est *Socin. cons. 295. col. 3. lib. 2., Iason cons. 164. num. 5. lib. 1., Curt. Iun. cons. 126. nu. 11., Menoch. de arbitrar. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 132.*; Tertia, vt juxtà prædicta illa merita probentur. Quibus sic stantibus probatur iam responsio quoad primam partem, quia illa bona per filiū benemerentem fuerunt speciali quodam iure acquisita, ergo ipsi sunt imputanda, non alijs conferenda. Consequentia probatur, quia præmium specialiter respicit merentem, nec ex genere suo est alijs ab ipso conferendum: Quoad secundam partem sic euincitur, quia legitima debetur filijs ex bonis patris liberis relictis post obitum eiusdem, vt est in confesso apud omnes, sed illa bona, quæ data sunt filio titulo remunerationis, non sunt ex bonis Patris, siquidem pleno iure fuerunt acquisita eidem filio benemerenti, ergo &c. Hæc adeo vera sunt, vt, si pater titulo remunerationis promiserit eadem bona filio, licet non contulerit de facto, possit adhuc filius ea exigere, & vlteriùs etiam suam proportionatam legitimam, quia hæc debetur ex bonis omninò liberis, sed illa data, seu promissa titulo remunerationis non essent libera, 7

Cōditiones requisitæ ad hoc, vt non teneatur computare.

Legitima debetur filijs ex bonis Patris liberis, relictisq; post obitum Patris.

bera, sed debita eidem benè merenti per superius probata, ergo &c.

§. XXIII.

An minor titulo remunerationis possit aliquid siuè mobile, siuè immobile benemerenti conferre.

SVMMARIVM.

Status controuersia. 1.
Bona mobilia collata titulo remunerationis per minorem inconsulto tutore sunt irreuocabilia. 2.
Bona immobilia quamuis titulo remunerationis collata per minorem inconsulto tutore, & sine decreto Iudicis sunt reuocabilia. 3.

1 DIsquisitio XXIII. Præstiterat Caius beneficia non modica in fauorem Theodorici minoris, qui tali motus beneficentia bona tàm mobilia, quàm immobilia suo benefactori contulit inconsulto tutore, seu curatore. Quæritur iam hic, an talis remuneratio teneat, & irreuocabilis sit

2 Respondeo primò, si in retributionem contulerit inconsulto tutore bona mobilia vtique remuneratio valet, & est irreuocabilis *Altiatus in l. creditores ff. de verb. signif. Romanus in l. si ante nuptias ff. solut. matrim., Iason in l. cum filiofamilias n. 170. ff. de legat. 1., Bero. cons. 61. num. 33., & cons. 65. nu. 14. vol. 1., Socin. cons. 57. n. 12. vol. 1.* Hoc communitèr deducunt Doctores ex efficacia, & virtute remuneratiuæ actionis, quæ, sicuti ex specialibus priuilegijs, & iuribus non indiget insinuatione, ex ingratitudine, vel filijs deindè natis non reuocatur, inter virum, & vxorem, Patrem, & filium permittitur, itá non est, cur hoc etiam non gaudeat priuilegio, vt validè etiam fiat per minorem; vndè meritò *Altiatus in d. l. creditores ff. de verb. signif.* asserit, quod remuneratio causam sufficientem præstet contractui, in bono viro præsumatur, alienationem rei ad Ecclesiam, vel minorem pertinentis alioqui reuocabilem confirmet Ex quo argumentum ad responsionis probationem efformat *Socin. dict. cons. 67. num. 12. vol. 1.* Quamuis alienatio rerum Ecclesiæ facta per Prælatum sine debitis solemnitatibus non subsistat *c. sine exceptione 12. q. 2., & in Clem. 1. de reb. Eccl. non alien., & in c. nulli eod. tit.* remuneratoria tamen alienatio viribus subsistit sine illis *c. liberti §. per renuntiationem 12. qu. 2. c. relatum de testam. Ioannes Andraeas in addit. Specul. in rub. de rebus Eccl. non alien., Bartolus in l. iubemus nulli C. de Sacros. Eccl.*, ergo etiam quantumuis res minoris alienari non possint, ex titulo tamen remuneratoriæ actionis poterunt validè alienari, quandoquidem, minor, & Ecclesia æquiparantur *c. 1. de in integ. restit. textus in l. res publica C. ex quib. caus. maio., & in l. viuus libertus ff. si quid in fraudem patron.*

Priuilegia mercedis, & actionis remuneratiuæ enumerantur.

3 Respondeo secundò, remuneratio facta per minorem in rebus immobilibus sine solemnitate decreti Iudicis, & auctoritate tutoris non subsistit. *Socin. d. cons. 67. n. 12. vol. 1., Natta cons. 173. sub num. 1. cons. 180. num. 7. lib. 1., Simoncel. in tract. de decret. lib. 1. tit. 2. inspect. 4. sub num. 28. vers. contraria.* Hoc habetur ex speciali iure, quo ex quocunque titulo prohibentur alienari bona minorum sine solemnitate decreti, & auctoritate Tutoris, & Curatoris, & in hoc omnes ferè consentiunt. Quod, si dicatur ex speciali iure etiam esse prohibitam alienationem bonorum Ecclesiasticorum sine iuris solemnitatibus, nec tamen inualida est ipsorum alienatio ex causa remunerationis per ea, quæ dicta sunt in præcedenti responsione, ergo etiam, quantumuis bona minoris alienari nequeant sine certis solemnitatibus, non tamen inualida erit eorum concessio ex causa remunerationis; cum nulla diuersitatis ratio sit assignabilis; facilè erit respondere; si afferatur illa, quæ dicuntur de bonis Ecclesiasticis procedere dumtaxat quoad bona mobilia, non sic quoad immobilia, de quibus solummodò procedunt allegati textus *in c. sine exceptione 12. q. 2., & in clem. 1. de reb. Eccles. non alien.* Quod, si vlterius repetas, non posse procedere quoad bona mobilia, quandoquidem ad ista non requiruntur iuris solemnitates; statim impugnaberis, nam etiam bona mobilia titulo donationis per Ecclesiasticos nequeunt erogari sine auctoritate, vt patet ex Bulla de largitione munerum, quæ tamen ex causa remunerationis possunt concedi. Addunt aliqui tàm bona immobilia Ecclesiastica, quàm immobilia minoris non posse titulo remunerationis conferri, quando ex benemeritis ius agendi non competeret benemerenti, secus autem quando tale ius eidem competeret, nec essent bona mobilia, per quæ possit remunerationem accipere, quia tunc illa bona computarentur, vt debita, sicque ex necessitate conferrentur, ad quod non requiruntur iuris solemnitates. *Simoncel. in tract. de decretis lib. 1. tit. 2. inspect. 4. ampliat. 6., Caroc. de locat., & conduct. part. 1. sub tit. de conduct. ob causam num. 53.* Tandem aliqui dicunt, quod nec bona immobilia Ecclesiastica, nec minoris ex titulo remunerationis alienari possint quoad substantiam, bene tamen quoad vsumfructum, & dominium vtile ad breue tempus. *Tiraquel. ad l. si vnquam in verb. donatione largitus num. 25. ff. de donat.*

Hoc est ex speciali iuris dispositione.

Explicatio congrua Doctorum.

§. XXIV.

§. XXIV.

An promissio conductoris de refectione rei conductæ extendatur ad totum tempus conductionis eiusdem rei.

SVMMARIVM.

Proponitur status controuersia, & opinio asserens teneri ad totum tempus. 1.
Conductor ex vi illius promissionis non tenetur, nisi ad primam refectionem. 2.
Respondetur rationibus contrariæ sententiæ. 3

1 Difficultas exposita. Disquisitio XXIV. Conduxerat quis molendinum ab alio suscepto in se onere illum reficiendi. De facto refecit, multoque tempore vius est ad eum finem, ad quem conduxerat. Durante tempore conductionis fractus est, nouaque indigebat refectione. Hic oritur difficultas, an ex vi illius primæ promissionis teneatur iterum conductor suis sumptibus reficere, an verò onus transferat in locatorem.

Opinio extendēs onus ad totum tempus. Videtur prima fronte dicendum, conductorem suis sumptibus teneri iterum reficere, quia illa promissio simplicitèr concepta sine vlla limitatione, & restrictione videtur vim habere promissionis indefinitæ; promissio autem indefinita potius extenditur, quam restringatur, quia æquiualet vniuersali. Nihilominùs

2 Discordantia à iure cō muni sūt strictè interpretanda. Respondeo, conductorem ex vi illius promissionis non teneri, nisi ad primam refectionem. *Baldus in l. licet C. locati, quàm valdè commendat Franciscus Cremensis n. 146. in c. p. decidi semel pulchram quæstionem.* Ratio ex eo desumitur, quia illa promissio discordat à communi iure, secundum quod regulariter locator tenetur rem locatam reficere, vt etiam ex communi praxi deducitur, sed eorum, quæ a cōmuni iure discordant, facienda est stricta interpretatio, vt minus, ac fieri possit, fiat ab eodem iure dissonantia, ergo restringenda est ad primam refectionem non extendenda ad vlteriorem. Aliud est reficere, aliud refectum tenere. Confirmatur primò, quia aliud est reficere, aliud refectum tenere, ergo aliud est se obligare ad reficiendum, aliud se obligare ad refectum, seu reaptatum tenendum, ergo ex eo, quod quis se obligauerit ad reficiendum, non intelligitur, se obligasse ad refectum molendinum tenendum. Confirmatur secundò, quia illa obligatio est valdè odiosa conductori, ergo non est præsumendum, quod illam acceptarit, nisi secundum, quod fuit expressum, & in dubio ipsi potius est fauendum, vtpote grauato.

Ratio vlteriùs esse potest, quia se obligauit ad reficiendum, & reaptandum molendinum, & refecit, & reaptauit, si iterum deterioretur, non tenetur amplius pensionem persoluere per ea, quæ notauit *Baldus in d. l. licet nu. 9. C. de locato* per textum *in l. fideicommissa §. si quis ita ff. de leg. 3.*, ergo, quia non tenetur reficere, & si refecerit, compensabitur in remissione pensionis.

3 Restringitur ex interpretatione contrahentis grauati. Ad illud, quod ex aduerso opponebatur, dicendum est, quod, quamuis regularitèr indefinita æquiualeant vniuersali *l. 1., & ibi Bartolus, & Doctores ff. de reg. iur., Bartolus in l. si plures ff. de leg. 3., Dinus in rub. de reg. iur. in 6., Alexander cons. 23. part. 4.* fallit tamen, quandò ex interpretatione contrahentis grauati restringitur, vel ex præsumptione iuris, vt euenit in præsenti hypothesi, secundum quam illa promissio, vtpotè discordans à iure communi, & à regulari obseruantia, & consuetudine, est restringenda, & in ijs, quæ sunt præter ius commune, & substantiam contractus minus, quam fieri potest, grauatus est grauandus, cum non præsumatur ad vlteriùs illud grauamen assensum præbuisse.

§. XXV.

An conductor suscipiens in se periculum equi conducti teneatur etiam de morte naturali eiusdem.

SVMMARIVM.

Status cōtrouersiæ in suis terminis expositus. 1.
Sententia obligans etiam ad mortem naturalem. 2.
Probabilius non tenetur de illa morte, nisi per modum insuetum causam dederit. 3.

1 Refertur difficultas in suis terminis. Disquisitio XXV. Conducturus quis erat equum, vt Taurinum proficisceretur sed cum locator ob pericula, de quibus anxius erat, renueret concedere, ipse conductor in se ipso assumpsit omnia pericula, & indè iter suscepit Taurinum versus. In itinere morbo quodam naturali affectus equus mortuus est. Hic excitata fuit controuersia, an ipse cōductor teneretur de illa morte ob pericula in se assumpta eiusdem.

2 Sententia obligans etiam ad mortem naturalē. Affirmatiuè respondere videtur *Baldus in addit. Specul. de locat. in 2. col. vers. conductor, & in Specul. §. iam dicendum vers. ad euidentiam quasi*, quod mors naturalis computetur inter pericula, quæ assumpsit. Nihilominùs

Nomine periculi nō venit mors naturalis. Respondeo, probabilius non teneri de illa morte, nisi quodamodò per modum insuetum causam dederit illius mortis. Ratio ex eo deduci potest, quia appellatione periculi non venit mors naturalis, scilicet ex naturalibus causis obuentura, ergo quantum-

tumuis genericè se obligauerit ad omnia pericula, non propterea intelligitur, se obligasse ad casum mortis naturalis. Antecedens probatur, quia nomine periculorum in his, & similibus casibus veniunt ea, quæ ex causis extrinsecis possunt obuenire, puta ex incursione hostium, grassatorum aggressione, viarum difficultate, & similibus, alijsque extrinsecis accidentibus, sed mors naturalis non proueniret ex huiusmodi extrinsecis accidentibus, sed ex naturalibus causis, ergo &c. Quod, si dicas, huiusmodi causas naturales in hac hypothesi non operari secundum se, sed præsumi excitari ad operandum ex huiusmodi itinere, quod est accidens extrinsecum; statim impugnaberis, quia huiusmodi excitamentum, cum præsumatur non prouenire ex violentia in itinere, nec ex modo insueto, prouenit ex ipsa natura locationis, nempe ex vsu consueto, ad quem equus fuit concessus, adeoque non debet imputari ipsi conductori, nec inter pericula computari.

Excitamentum prouenit ex ipso vsu rei, & naturæ locationis.

Ratio esse potest secundò, quia qui se obligat ad casus fortuitos rei alicuius non intelligitur se obligare ad casus fortuitos insolitos *l. si fistulas §. fin. cum glos. in verb. immoderate ff. de contrah. empt.*, *Bartolus in l. Seio §. modico ff. de ann. leg.*, *Antonius de Butri in c. 1. de commod.*, ergo etiam, qui se obligat ad pericula in genere, non intelligitur se obligare ad mortem naturalem prouenientem ex naturalibus causis. Consequentia patet, quia magis videtur excludi à ratione periculorum mors, quæ obuenit naturalitèr, ac à casibus fortuitis casus fortuitus inopinatus, & insolitus, & ex ipsa natura rei, & communi omnium æstimatione magis cum casibus fortuitis, seu inter casus fortuitos videtur accipi casus insolitus, ac inter pericula mors naturalis. Confirmatur, quia mors ex eo, quod supponatur naturalis, æque obuenire potuisset, siue res fuerit locata, siue non fuerit locata, siue locata tali, vel alteri, ergo non est illa mors imputanda tali conductori, quantumuis assumpserit in se pericula in genere.

Obligatus ad casus fortuitos non est obligatus ad insolitos.

Mors æque obuenisset, si equus nó fuisset locatus.

Dices, si equus ille in itinere illo, ad quod fuit conductus in fractione pedis fuisset læsus, conductor ex vi stipulationis, qua se obligauit ad pericula, teneretur de illo damno, ergo etiam tenetur de morte naturali, si in illo itinere ex illa fuerit mortuus. Sed contra, quia illa fractio pedis prouenit ex casu, & accidenti omninò extrinseco, quod propterea inter pericula potest computari; mors autem naturalis prouenit ex causis naturalibus, & intrinsecis, quæ propterea nequit inter pericula in rigore accepta recenseri, vnde meritò docet *Bartolus post glos. in l. 1. C. quæ res pig. obl. pos.* quod ille, qui in se suscepit periculũ, non tenetur de casu, sed de dolo, & culpa.

Fractio pedis prouenit ex accidente extrinseco.

DISQVISITIONES II.

A sexta ad quartam decimam prænotionem inclusiuè.

§. I.

An possit fieri per conductorem locatio alicuius ex bonis sibi locatis sine alijs.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ expositus. 1.
Opinio Marci tenentis illam sublocationem non tenere. 2.
Bonum alienabile secundum se potest siuè coniunctim, siue separatim sublocari. 3.
Secus, si secundum se sit inalienabile, vel ex conuentione partium prohibitum alienari. Ibid.

DIsquisitio I. Locauerat Titius Andreæ multa bona, seu res simul, vel alicuius corporis vniuersalis. Andræas post aliquod temporis locationis durante tamen tempore locationis aliquod ex illis bonis in particulari sublocauit Francisco sibi alijs rebus detentis. Quæritur iam, an talis sublocatio teneat. 1

Contendit acritèr *Franciscus Marcus decis. Delub. 1070. part. 1.*, talem sublocationem rei particularis non tenere, ea motus ratione, quod multa transeunt cum vniuersitate, quæ alias non transeunt *l. quadam ff. de acquir. rer. domin.*, qui per consequens etiam docet, quod, si ex aliquo statuto, vel consuetudine de facienda disdicta locationis factæ intrà certum terminum, si conductor vniuersalis sublocauit rem particularitèr, non sit necessaria disdicta, quia sicuti sublocatio non valuit, ità nec valeat renouatio. 2

Pro solutione aduerte, an inter talia bona generalitèr locata, aliquod particulare adsit prohibitum alienari, & tunc hoc non potest specialitèr sublocari; & iuxta hunc sensum procedit textus *in d. l. quadam ff. de acquiren. rer. dominio*, multa etenim, quæ particularitèr alienari nequeunt, transeunt simul cum vniuersitate bonorum, cuiusmodi est inter cætera iuspatronatus ad aliquod beneficium circa Ecclesiastica, prout alibi diximus, & fusiùs etiam dicemus suo loco; an verò omnia illa bona, quæ primò fuerant locata Andreæ, sint secundum se siue generalitèr, & coniunctim, siue particularitèr, & diuisim alienabilia; qua posita consideratione.

Multa, quæ nequeunt peculiaritèr alienari, alienantur cum vniuersitate.

Respondeo ad quæsitum, si illud bonum par- 3

particulare fuerit secundum se, & ex sui natura alienabile siue coniunctim, siue diuisim, & fuerit sublocatum, tenet sublocatio, nisi in celebratione primi contractus fuerit eadem sublocatio quoad res particulares interdicta, si verò nõ fuerit secundum se diuisim alienabile, non teneat, vel si fuerit prohibita ex conuentione, & pacto locatoris saltem regularitèr loquendo. Consentit in vniuersum *Caroc. de locat., & conduct. part. 2. sub tit. de conductore, seu de iure sublocandi qu. 5. nu. 6.* Hæc responsio quoad primam partem elucet ex eo, quod passim cõtingit, cum quis est discessurus ex aliqua Ciuitate, & diu absfuturus, qui locat extrinseca sua bona alicui determinatę personæ, quæ si sublocet rem vnam vni, alteri altera non condemnatur de nullitate contractus.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod conductor non impeditur ex genere suo, quo minus possit rem locatam sibi, alteri sublocare per ea, quæ supra dicta sunt, ergo nec impediri potest, quominus rem aliquam ex sibi locatis possit alteri sublocare retentis sibi alijs locatis. Consequentia probatur, quia ex tali sublocatione rei particularis non læditur aliquod ius domini primò locantis, quandoquidem idem ius habet in eadem re locata, quod antecedentèr habebat, & potest à suo conductore pensionem pro illa ità exigere, ac si non sublocasset, ergo, si potest rem quoad totum suum esse sublocare, poterit etiam sublocare quoad partem, quando ex tali sublocatione quoad partem non læditur ius primi locatoris. *Ex tali sublocatione nõ læditur ius primi locatoris*

Neque huic parti responsionis obesse potest textus *in d. l. quadam ff. de acq. rerum dom.*, non, inquam, obesse potest, quia, præterquamquod, vt suprà prænotabam, & ex sequenti probatione clarius innotescet, ille procedit dumtaxat, quando pars illa, vel ex natura sua, vel ex dispositione primi locatoris est inalienabilis, adhuc notat, & optimè *Caroc. de loc., & conduct. part. 2. sub tit. de conductore, seu de iure sublocandi q. 5. n. 5. vers. 2. modo*, quod in illo textu est casus specialis, qui non debet extendi ad alia, cum regula generalis sit in contrarium *in l. si chorus ff. de leg. 3., & in l. 1. ff. de offic. eius.* *Casus specialis non est ad alios extendendus.*

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia, quando quid secundum se non est alienabile, nec quoad vsum in alium transferibile, potest quidem transferri cum vniuersitate bonorum, non autem per se solum, vt patet in iure patronatus, quod per se alienari non potest, transfertur tamen de facto cum vniuersitate bonorum, & in hoc sensu existimo præcise locutum Franciscum Marcum *loc. cit.*, & in hoc ad summum verificatur textus *in d. l. quedam ff. de acq. rer. domin.* *Ius patronatus non est transferibile, nisi cum vniuersitate bonorum.*

Dices, quod quamuis aliquid non sit secundum re alienabile, sit tamen secundum se locabile ad tempus a iure permissum, vt videre est in bonis Ecclesiasticis immobilibus, ergo illa res singularis, quantumuis non sit alienabilis, nisi cum vniuersitate bonorum, erit tamen ad tempus non prohibitum à iure locabilis. Sed contra, quia, quando diximus, quod non sit alienabilis, locuti fuimus lato modo, prout importat quamcunque negationem transferibilitatis etiam quoad vsum, adeoque, quod nec etiam sit locabilis, in qua hypothesi postea asseruimus, quod, licet secundum se locari non possit, possit tamen cum vniuersitate bonorum locari argumento desumpto à paritate iuris patronatus, quod, quamuis non alienabile, alienatur tamen cum alijs omnibus bonis. *Instantia eiusque solutio.*

---

§. II.

An possit socius inuito socio suam partem domus alteri sublocare.

SVMMARIVM.

Facti series, eiusque expositio in terminis particularibus. 1.
Socius inuito socio non potest suam partem sublocare alteri personæ. 2.
Satisfit contrariæ sententiæ. 3.
Nec item potest sublocare, quantumuis proponat alteri socio personam legalem honestam, & vitæ laudabilis. 4.

DIsquisitio II. Conuenerant duo inter se ad conducendam vnam domum, vt simul in ipsa habitarent, & alias negotiationes simul inirent. Executioni mandata conuentione eandem domum conduxerunt, & simul pro aliquo tempore inhabitarunt, postea durante tempore conductionis alter ipsorum vult recedere, & alteri suam partem sublocare, cui videtur resistere alter socius. Hic iam quæritur primò, an ille inuitò altero socio possit suam partem alteri sublocare. Secundò, an saltem possit sublocare alteri personæ honestæ, legali, & laudabili, eamque in conductione sibi substituere. 1

Videtur dicendum, vtique posse, quia, si non repugnat per superiùs probata, quod qui plures res conduxit, alteram ex illis particularem possit sublocare, ità non videtur, cur, si duo eandem domum conduxerint, non possit alter illorum suam partem alteri locare; maior enim videtur difficultas sublocationis quoad partem, quando locatio tota est in vnum subiectum, & personam adunata, ac quando est diuisa in plures, quandoquidem, ex quo est diuisa in plu- *Sẽtentia affirmãs posse sociũ sublocare.*

plures non videtur per sublocationem pati aliam decisionem ab ea, quam primò in ipsa locatione acceperat, quando autem est in vnam personam, seu subiectum adunata per sublocationem in parte patitur diuisionem, quam priùs non habebat. Nihilominùs

Respondeo primò, absolutè inuito altero socio non posse suam partem sublocare alteri personæ *Glos. fin. in §. fin. instit. de locatione, Carocius de locat., & conduct. part. 2. sub tit. de conductore, seu de iure sublocandi qu. 6. num. 2.* Ratio huius responsionis ea est, quia in hac hypothesi duo interueniunt contractus, alter societatis inter eosdem socios, alter conductionis inter eosdem ex vna parte, & locationis ex alia, sed in interuentu contractus societatis, & conductionis præfertur contractus societatis, quo durante socius inuito socio non potest recedere, ergo &c. Minor probatur, quia principalitèr in ea hypothesi contractus locationis, & conductionis est dependens à contractu societatis, intantum enim conduxerunt, in quantum per societatem conuenerunt ad conducendum, ergo &c.

In cōcursu duorū contractuū præfertur cōtractus societatis

Ratio potest esse secundò, in contractu societatis videtur specialitèr electa persona contrahentis, quæ vtique supponitur contractui consensum præbuisse, sed electa determinata persona per contractum in societate non posset inuito altero socio eidem in eodem munere, ad quod eadem fuerat assumpta, substitui, ergo &c.

Est specialitèr electa persona contrahentis.

3 Ex quibus liquet, quid respondendum sit ad id, quod fuerat ex aduerso oppositum; non enim hic negamus, posse sublocare ex eo præcisè, quod quodamodò fieret diuisio in re locata per sublocationem; si enim quando in eodem subiecto est adunata locatio quoad omnes partes rei locatæ potest sublocari quoad vnam partem, non quoad aliam, non video, cur, quando est locata in duas personas, ex titulo simplicitèr diuisionis non possit per vnam ex illis personis sua pars sublocari; sed ideò negamus, posse sublocare, quia habet aliud vinculum, ratione cuius non potest recedere altero socio inuito, quod est vinculum societatis, quod talis naturæ est, vt nequeat dissolui intrà tempus, quo contractus debet perseuerare ex conuentione, nisi vtroque consentiente dissoluatur.

Non impeditur vinculo locationis, sed societatis

4 Respondeo secundò, probabilius esse non posse sublocare, quantumuis proponat alteri socio personam legalem, & honestam, & vitæ laudabilis. Ratio ex eo deduci potest, quia quamuis ex superiùs dictis *sub hoc eod. tit. Contractus X. de locato, & conduct. prænot. 13. assert. 2.* iuxtà iura, & Doctores ibi allegatos possit conductor seruatis seruandis rem sibi locatam alteri sublocare, nec videatur Dominus posse talem sublocationem impedire, si eligat personam idoneam, cui sublocare velit, hæc præcisè procedunt attenta natura, & qualitate contractus locationis, & conductionis; fallunt tamen spectato alio titulo nempè societatis, quod in præcedenti asseruimus præualere; socius enim inuito socio intrà tempus conuentum non potest recedere à societate, & socius, qui elegit talem personam, potest nolle alteri acquiescere; vndè communitèr docent tàm Theologi, quàm Iuristæ, quod quando in societate est electa certa, & determinata persona per mortem eiusdem finiatur societas, nec reualidetur per substitutionem alterius personæ idoneæ, nisi alter socius consentiat *§. soluitur instit. pro socio.*

Socius inuito socio intra tēpus conuentū nō potest à societate recedere.

---

§. III.

An vno socio recedente à conductione, si alij vtantur tota re conducta ad commoditatem, teneantur ad totam pensionem conuentam.

SVMMARIVM.

Exponitur status quæstionis. 1.
Sententia asserens alios conductores teneri ad totam pensionem, eiusque fundamenta. 2.
In hac hypothesi socij tenentur ad pensionem pro integro persoluendam. 3.

Disquisitio III. Duo, vel tres socij conduxerant simul quandam integram domum ad sua munera obeunda conuento de certo pretio cum locatore, quod deindè ad ratam persoluebant; alter eorum recessit, quia condemnatus in pænam capitis. Reliqui, qui remanserunt vsi sunt tota domo conducta etiam pro parte, quæ contigerat condemnato, non quidem, quia illa parte domus indigerent, sed solum ob maiorem commoditatem. Hic orta fuit difficultas, an illi socij, qui remanserunt, teneantur ad totam pensionem etiam pro illa parte, quæ pertineret ad condemnatum. 1

Refertur in quo consistat difficultas.

Ratio difficultatis deducitur fundamentalitèr ex textu *in l. duo fratres ff. de acquir. hæredit.* vbi, cum vnus ex illis fuerit mortuus intestatus, & alter, qui supererat, nollet esse hæres, inquisitum fuit, an ex eo, quod superstes vsus fuerit rebus communibus (cum sciret eum mortuum esse) præsumatur hæreditati se obligasse, vbi legislator respondit, *cauere debere, ne qua in re plus sua parte dominationem interponeret.*

Fundamentum asserentiū teneri socios ad totā pensionem.

Glosa explicat, quod *videatur superstes habere animum se obligandi hæreditati, si in aliqua re communi interponeret suam domi-*

tionem; ex quibus directè videtur sequi, quod etiam, si socius, alio recedente ex eo, quod capitis fuerit damnatus, vsus fuerit domo communitèr locata etiam quoad partem recedentis, seu condemnati videatur pro eo se obligasse locatori etiam pro illa parte, quæ pertinebat socio abeunti, seu condemnato; Quamobrem

Nonnulli sentiunt in præsenti hypothesi socios superstites teneri ad solutionem integræ pensionis etiam quoad partem condemnati ea moti ratione, quod superstites non ex necessitate illa parte vsi fuerint, sed ex libertate ad maiorem scilicet propriam commoditatem; ex quo videtur argui, quod animum habuerint se obligandi ad conductionem; non enim possunt excipere, quod vsi fuerint ex necessitate, quasi, quod alitèr præstare non potuerint, in quo sensu aliqui interpretantur textum *in d. l. duo fratres ff. de acquir. hæred.* quatenus scilicet ille frater superstes dicatur se obligasse ad hæreditatem, eo quia vti non poterat rebus illius fratris præmortui, nisi illo animo, sicque ex necessitate, vt præcipuè habet *Carocius de locat. , & conduct. part. 2 sub tit. de conductore, seu de iure sublocandi q. 6. n. 18.*, qui tamen in casu præsentis disquisitionis contrarium expresse sensit.

Alia interpretatio textus in l. duo fratres ff. de acqu. hæred.

1 Respondeo absolutè teneri ad pensionem pro integro persoluendum. Ratio ex eo deducitur, quia sentiunt commodum ex illa inhabitatione, & vsu, ergo tenentur, & incommoda subire pensionum; neque obesse potest, si asseratur, quod quodamodo ex necessitate illa parte vtantur, quandoquidem decentiæ status congruit, vt ipsi potiùs vtantur, quam alij, sicque ad necessitatem res reducitur, quandoquidem id non posse dicimur, quod commodè, & pro dignitate non possumus *l. nepos Proculo, & ibi Glosa, & Alciatus in verb. dignit. ff de verb. signif. Iason in §. item seruiana num. 46. instit. de act.* Non, inquam, obesse potest, quia ex eo, quod congruat sociorum dignitati, non propterea eos eximit ab obligatione persoluendi mercedem pro vsu, sed tantum efficit, quod ipsi sint alijs præferendi in conductione pro illa parte derelicta ab altero socio condemnato.

Conuenit decentiæ status, vt ea parte vtantur.

---

§. IV.

An omnia inuecta in re locata sint implicitè obligata, & hypothecata.

SVMMARIVM.

Facti series in suis terminis. 1.

Libri, lecti, vestimenta inuecta per scholares in domo conducta non cadunt sub generali obligatione. 2.

Idem dic de militibus quoad arma, & de clericis quoad breuiarium. Ibid.

Intelligenda sunt quoad ea, quæ sunt necessaria. 3.

Disquisitio IV. Scholares quidam in domo per ipsos conducta inuexerunt libros ad propriam professionem pertinentes, lectum, & vestimenta, vel fortè etiam milites sua arma, vel Clerici breuiarium, & similia. Cum ex præcedentibus cautum sit, quod inuecta in re locata sint tacitè hypothecata pro pensionibus, seu pro contractu locationis, contendebat locator, ea omnia prædicta in casu non solutionis esse sibi obligata; aduersus quem excipiebant conductores, quod illa bona sint priuilegiata, adeoque, quod non cadant sub generali obligatione. Quæritur iam quid iuris in hac hypothesi. 1

Sensus exponitur difficultatis.

Respondeo regularitèr loquendo, illa bona specialia, de quibus in facti serie, non cadere sub generali obligatione *Baldus in l. certi iuris num. 9. C. de locato Neguf. in 4. memb. 2. part. nu. 151., Aret. in d. §. item Seruiana n. 1. in fin., & ibi Faber n. 2., & Zas. num. 22. vers. 5 inferre instit. de act., Afflictus decis. 184 in fin.* Ratio huius responsionis ea esse potest, quæ habetur *in glos. in l. nepos Proculo in verbo dignit. ff. de verbor. signif.*, nempè in executione iudicati quemadmodum arma non sunt auferenda militibus, ità nec libri scholaribus, nec breuiaria Clericis, ergo nec pro pensionibus domus conductæ auferri poterunt respectiuè ad eosdem libri, arma, & breuiaria, rationemque reddunt *Iason, & Ang. de Aret. in §. item seruiana instit. de act.*, quia scilicet scholares sine libris, milites sine armis, clerici sine breuiario honestè, & commodè viuere nequeunt. Accedit id, quod docet *Baldus in rub. C. qui bon. ced. pos. per dict. glos. in l. nepos Proculo verb. dignitate ff. de verb. signif.* quod si scilicet scholaris cesserit bonis, & postea emerit libros, non possint creditores eisdem auferre eos libros, nonnisi, quia hæc bona sunt priuilegiata, vtpotè competentia statui eorundem, quod idem dicendum est de armis respectu militum, & de breuiario respectu Clericorum, quod etiam euincitur *l. obligatione generali ff. de pignor.*, vbi dicitur, quod non veniant in expressa hypotheca, ergo nec in tacita. 2

Sine illis honestè viuere nō possunt.

Sunt bona priuilegiata.

Hic immediatè oritur difficultas, an si scholaris habuerit solùmmodò libros, miles arma, & Clericus breuiarum possint hæc auferri pro pensionibus domus conductæ. Affirmatiuè respondent *Baldus ad l. liberti in fin. C. de oper. libert., Alexander in l. si constante nu. 26., & 28. ff. solut. matrim., & in addit. ad Bartol. in l. cum tabernam litt. E. circà medium ff. de pignor. act., Petrasan. sing. 35., Neguf. de pignor. part. 2. memb. 2. n. 37., Altia-* 3

Altiatus in l. alienatum C. de verb. signific., *Menoch. de adipis. possess. remed. 3. num.* 140. Facit adhoc maximè textus *in l. si fundus locatus ff. de fund. instruct. instrumentoque legato*. Rationem adducit *Carocius de loc., & conduct. part. 2. sub tit. de conductore, seu de iure sublocandi qu. 6. nu. 21., & 24., & part. 5. sub tit. de inuectis qu. 7. n. 18.*, quia scilicet obligatio conductoris secus esset lusoria, & inanis, ad quam absurditatem vitandam venire debent etiam bona priuilegiata, quod etiam specialitèr notarunt *PetraSancta d. sing. 35. dictum est, Gomesius in dict. l. item seruiana n. 22. ad finem, Iason in l. 1. C. de verb. signific., Anton. Gabr. de verb. signific. concl. 12. n. 32.*

Amplianda est responsio etiam ad vestimenta ad vsum quotidianum, lectum, & similia, eo quia in hoc videtur militare eadem ratio, quæ tamen intelligenda sunt quoad ea, quæ sunt ad necessitatem, nam, vt benè notat *Altiat. in d. l. Nepos Proculo verb. dignitate ff. de verb. signif.* auferri possunt ea, quæ ad molliciem, & pompam tendunt, vt tapetia, & similia, & aliquod vestimenti genus extra ordinarium, quo quandoque scholares vani ad pompam vtuntur.

---

§. V.

An quandoque res aliena per conductorem inuecta in domo conducta hypothecata remaneat locatori.

SVMMARIVM.

Factum, & considerabilia circà ipsum. 1.

Si conductor fuerit possessor bonæ fidei pro tempore, pro quo inuexit, ius habet locator eadem detinendi pro pensionibus sibi debitis. 2

Competit tamen possessori solum Saluianum interdictum, non actio hypothecaria. 3.

Si conductor pro tempore, pro quo inuexit res alienas, fuerit possessor malæ fidei ignorante domino earundem rerum non potest locator eas detinere, nec ex remedio Saluiani, nec ex actione tacita hypothecaria. 4.

Si conductor malæ fidei possessor intulit rem alienam in domo conducta sciente domino eiusdem rei, locator acquirit ius rem illam detinendi, vel Saluiano interdicto, vel ex actione hypothecaria. 5.

Si dominus sciuerit, rem suam inuehi per conductorem in domum conductam, & tacuerit eo animo, vt falleret locatorem, vtique locator acquirit ius adipiscendæ possessionis illius rei ex saluiano interdicto. 6.

Locatori etiam competit actio hypothecaria in re inducta in domum locatam per conductorem, qui sit possessor bonæ fidei. 7.

1 Disquisitio V. Postquam quis conduxerat domum in quadam vicinia inuexit in eandem res quasdam alienas, quas asportare contendebat in fine locationis, aduersus quem excipiebat locator de tacita hypotheca contracta in eisdem rebus. Quæritur iam quid iuris.

Pro solutione, multa veniunt consideranda in præsenti hypothesi; & primò, an, quando conductor inuexit tales res in fundo conducto, possideret res illas bona fide existimans cum prudenti credulitate esse suas, an verò mala fide sciens esse alienas. Secundò, quando mala fide possidebat, an inuexerit ignorante domino talium rerum, an verò ipso sciente, & conniuente. Tertiò, si sciente domino fuerint inuectæ, an dominus consenserit inferri eo animo, vt ibi essent durante tempore locationis, ad inducendum locatorem ad locandum sub spe propriæ cautionis in illis rebus, sine quibus non locasset tali conductori. Quibus pro notitia suppositis, & ad clariorem quæsiti expressionem. *Considerāda circà factū propositum.*

Respondeo primò, si conductor fuerit possessor bonæ fidei pro tempore, pro quo inuexit, ius habet locator eadem detinendi pro pensionibus sibi debitis, *Baldus in l. certi iuris num. 10. C. locati, Balduinus in comment. de pignoribus c. 6. col. 3. vers. quid igitur, Menochius de adipisc. possess. remed. 3. num.* 108. 2

Aduerte tamen, quod *Balduinus loc. cit.* solum asserit locatorem posse retinere rem, & impedire, ne asportetur, non autem asportatam posse per aliquam actionem repetere. Ratio huius responsionis ex eo deducitur, quia in possessorio iudicio sufficit probare, quod pro tempore, quo res fuit inuecta in domo, seu fundo conducto fuerit possessa ab ipso conductore inuehente *Bartol. in l. 1. num. 3. ff. de Saluian. interd., & in l. 1. nu. 2. C. eod.*, sed, dum conductor bona fide sibi suadebat rem illam esse suam, illam pro illo tempore possidebat, ergo probando rem illam pro illo tempore bona fide possideri à conductore iustè poterit agere possessorio iudicio; adeoque illam detinere; Neque necesse est, probare ipsam fuisse propriam ipsius conductoris, quandoquidem illud sufficit deducere in petitorio iudicio *Castrensis in l. rem alienam ad fin. ff. de pign. act., Angel. Aret. in §. item Seruiana n. 9. & ibi Iason n. 98., Gomez n. 35., & Zas. n. 31. instit. de act., Socin. Sen. cons. 112. nu. 6. lib. 4.* *In possessorio iudicio sufficit probare possessionem inuectorū*

3 Hic oritur ratio dubitandi, an in hac hypothesi competat dumtaxat locatori remedium ex Saluiano interdicto, an verò etiam actio hypothecaria. Pro quo aduerte, hoc discrimen intercedere inter Saluianum interdictum, & actionem hypothecariam, quod Saluianum hoc interdictum possessorium est, & in eo de sola possessione contenditur; actio verò hypothecaria non solum possessoria est, sed etiam auocatoria possessionis, & petitoria *l. pignoris ff. de* *Discrimē inter Saluianū interdictum, & actionem hypothecariā.*

ff. de pignor. l. officium ff. de rei vendic. Glosa in l.1., & ibi Bartolus n.2. C. de precario, & Saluin. interd. Negusant. in tract. de pignor. memb.1.8. partis n.2. Deindè ad Saluianum interdictum solum requiritur, quod locator probet possessionem conductoris pro tempore, quo res inuexit, in actione verò hypothecaria requiruntur efficaciores probationes, aliquando super dominio, aliquando super possessione *Angel. Aret. in d. §. item Seruiana num.8. instit. de act., Afflict. decis. 383. n.2. Negusant. in tract. de pignor. part.8. memb.3. n.6.* Tandem interdictum possessorium directum specialitèr inductum est in fauorem locatoris aduersus conductorem prædij rustici; vtile verò contra conductorem prædij vrbani; actio verò hypothecaria directa extenditur etiam contra tertium possessorem *Bartolus in l. vltim. ff. de Saluiano interdicto*. His pro notitia suppositis sentio in præsenti hypothesi, competere dumtaxat locatori Saluianum interdictum. Ratio ex eo deducitur, quia Saluianum interdictum solum extenditur ad possessorium per superiùs allegata, sed in hypothesi, de qua loquimur, potest dumtaxat locator agere ad possessorium, quandoquidem quoad petitorium, & quoad proprietatem eiusdem rei semper res clamat pro Domino, & ad ipsum iure quodam innato fertur, ergo &c.

Non potest agere nisi ad possessorium.

4 Respondeo secundò, si conductor pro tempore, quo in domo conducta inuexit res alienas, illas possidebat cum mala fide sciens esse alienas, non suas, ignorante domino earundem rerum non potest locator eas detinere pro suis pensionibus, nec ex remedio Saluiani interdicti, nec ex tacita actione hypothecaria *Menochius de adipiscend. possess. rem.3. num.109., Baldus in l. certi iuris num.10. C. locati, Afflictus decis. 184., Asinius in l. at si colonus §. si colonus in fin. ff. de relig., & sumpt. fun.* Ratio primæ partis ea est, quia non dicitur possidere, qui mala fide possidet *l. improba C. de acquir. possess.*, sed ad remedium Saluiani interdicti requiritur, vt ille, aduersus quem datur, possideat, & ille, qui habet tale remedium probet aduersarium pro tempore, pro quo inuexit, possedisse, seu possidere *Bartolus in l. 1. n.3. ff. de Saluian. interdict., & in l.1. nu.2. C. eodem*, ergo si non possidet, seu non possedit pro illo tempore, quandoquidem erat in mala fide, non erit tale Saluianum interdictum.

Nō possidet, qui mala fide possidet.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod constante de alienitate rei non potest eadem res per detentatorem malæ fidei subijci hypothecæ ex veriori, & receptiori sententia *Baldus in l. certi iuris num. 10. C. locati*, vbi citat textum *in l. si ab eo ff. de pignor.*, quandoquidem nemo potest obligare rem alienam sciens alienam, ergo actione hypothecaria locator non poterit agere ad rem illam detinendam contra voluntatem proprij domini. Confirmatur, quia plura requiruntur ad agendum actione hypothecaria, quam remedio Saluiani interdicti. *Angel. Aret. in l. item seruiana n.8. instit. de act., Afflict. decis.383. nu.2., & seqq., Negusant. in tract. de pignor. part. 8. memb.3. n.6., Salicetus in l.1. C. de precar., & Saluian. interd., Bartolus in l.1. num.3. ff. cod. Socin. Sen. cons.112. nu.6. lib.4.*, quandoquidem ad vtendum remedio Saluiani interdicti sufficit probare possessionem coloni; ad actionem verò hypothecariam requiruntur efficaciores probationes, sed in ordine ad remedium Saluiani interdicti non sufficit possessio rei per conductorem mala fide per ea, quæ supradicta sunt, ergo multo minus sufficiet ad actionem hypothecariā.

Constāte de alienitate rei nō potest detentor rem hypothecare.

Respondeo tertiò, si conductor malæ fidei possessor intulit rem alienam in domū conductam sciente Domino eiusdem rei locator acquirit ius illam rem detinendi pro pensionibus, vel ex Saluiano interdicto, vel ex actione hypothecaria *Iason in §. item Seruiana num. 45., & de act., Alexander in l. item, quia n.1. ff. de pact., Negusant. in tract. de pignor. in 2. memb.4. partis*. Ratio autem huius responsionis est, quia taciturnitas domini scientis rem suam inuehi per conductorem in domum conductam transfert possessionem eiusdem rei in ipsum conductorem, & quantum ad hunc effectum efficit ipsum verum possessorem, ergo locator potest eandem rem detinere ex Saluiano interdicto, quod supponit inuectorem esse possessorem rei. Antecedens probatur, quia, sicuti taciturnitas eius, cuius res venditur per alium ipso sciente nocet *Dinus in l.2. §. voluntate, & in l. quæ dotis, & ibi Bartolus plenè col. penult. ff. soluto matrim. Baldus in l. quoties la 1. col. 1. vers. quæro numquid C. de fideicom.*, & taciturnitas patientis alium de re ipsius testari nocet *textus in l. sicut §. venditioni ff. quib. mod. pig. soluatur, Baldus in c.1. §. præterea quib. mod feud. amit.* ita taciturnitas eius, qui patitur rem suam inuehi in domo conducta, nocere dicenda est, præcipuè cum taciturnitas cum scientia regularitèr habeatur pro consensu *l. in sponsalibus §.1., & ibi Bartolus ff. de spons. l. si seruus §. fin. ff. de donat. inter vir., & vxorem*, & tacens sibi præiudicat, nisi protestetur contra actum, quia videtur consentire *l.1. C. de fil. fam., & quemadmodum Pater lib. 10. l. si in venditione, & ibi Bartolus quibus mod. pign. soluatur*. Deindè sicuti tacens, & sciens rem suam præscribi, videtur præscriptionem confirmare *c. auditis per glos. in verb. imponentes de præscript.* ita tacens, & sciens circa rem suam fieri actus possessionis, videtur eidem possessioni annuere, conformitèr ad quod benè dicitur,

Taciturnitas domini sciētis firmat possessionem in transferente.

Taciturnitas cum scientia habetur pro consensu.

Tacens, & sciens rem præscribi cōfirmat præscriptionem.

dicitur, quod taciturnitas pro consensu habetur in ijs, quæ me inuito fieri non possunt *In Specul. de elect. §. 1., & 2. in 2. col. vers. item nunquid*.

6 Respondeo quartò, si dominus sciuerit, rem suam per conductorem inuehi in domum conductam, & tacuerit eo animo, vt falleret locatorem modo suprà explicato in facti serie, vtique locator acquirit ius adipiscendæ possessionis illius rei ex Saluiano interdicto. Hæc responsio in fortioribus terminis deducitur ex præcedenti; si enim scientia simplicitèr nocet, ergo a fortiori nocebit scientia, cui dolus est commixtus. Atque ità sentit *Baldus in l. certi iuris nu.* 10. *C. locati*, quamuis videatur dissentiri, quandò taciturnitas simplicitèr coniungitur cum scientia.

Scientia cum dolo fortius pugnat.

7 Pro complemento eorum, quæ in hac disquisitione dicta sunt, inquirendum remanet potissimum quandò conductor est possessor bonæ fidei, & intulit rem in domum conductam, habeat locator dumtaxat remedium Saluiani interdicti, an verò etiam actionem hypothecariam; adeò vt eandem rem possit reuocare a tertio possessore. Qua in re sentiendum arbitror, eidem etiam competere actionem hypothecariam quoad possessionem, adeoque ipsam posse reuocare à tertio possessore *Baldus in certi iuris num.* 10. *C. locati*, quia ex quo res illa fuit inuecta per bonam fidem fuit tacitæ hypothecæ subiecta. Faciliùs tamen agitur Saluiano interdicto, quam actione hypothecaria, quia minores requiruntur probationes ad illud, efficaciores ad istam per ea, quæ superiùs commendauimus. Plura de ijs agimus, dum ex professo erit sermo de Saluiano interdicto, & de remedio adipiscendæ possessionis.

---

§. VI.

An bona minoris inuecta in domo conducta sint tacitè hypothecata.

SVMMARIVM.

Status difficultatis in suis terminis. 1.
Exceptiones Caij minoris aduersus locatoré. 2.
Replicationes in fauorem locatoris. 3.
Si bona per minorem inuecta in domo conducta fuerint ex illis, quæ seruando seruari non possunt, probabilius tacitè hypothecata remanent locatori. 4.
Si fuerint ex illis, quæ seruando seruari possunt etiam probabiliùs remanet hypothecata. 5.
Solutio exceptionum Caij minoris. 6.

Disquisitio VI. Conduxerat Caius minor domum quandam ad suos vsus, in eandemque inuexerat plura bona sua propria, cumque cederet dies locationis, contendebat locator bona illa detinere, vel remedio interdicti Saluiani, vel actione hypothecaria, aduersus quem excipiebat Caius asserens, bona minorum non censeri tacitè obligata, sicuti illa maiorum, prout latè asserunt *Glosa in l. item quia verb. illata ff. de pactis, & ibi Bartolus num. 2., Dinus in § item Seruiana, & ibi Angel. Aret. n. 4. instit. de act., Salicetus in l. certi iuris qu. 3. C. locati Imola in l. si constante ff. solut. matrim.*, quod etiam multis rationibus contendebat comprobare, & primò, quia obligatio tacita in bonis minoris non causatur sine curatoris decreto *l. lex quæ tutores C. de administr. tut., & l. prædia C. de prædijs min.*, hocque a simili facilè euincitur, nam in iure cautum est, quod, quando dos data est, tunc intelligatur donatio propter nuptias perfectè constituta, & tamen, si minor recipiat dotem, non eo ipso intelligitur constituere donationem propter nuptias, quod non alia ratione euincitur, nisi quia ad constituendam talem donationem requiritur curatoris decretum, ergo etiam, quantumuis ex genere suo eo ipso, quo bona inuehuntur in domum conductam, intelligantur tacitè obligata pro pensionibus, non tamen hoc erit intelligendum quoad bona minorum, quandoquidem obligatio quoad illa causari non potest sine curatoris auctoritate. Secundò, quia celebrato contractu dotis intelliguntur bona hinc indè tacitè obligata *Bartolus in l. item, quia ff. de pactis ex l. 1. §. 1. C. de rei vxor. act.* ubi qua dispositione non veniunt bona minoris recipientis dotem *l. Titia ff. de iur. dot., & l. 1. C. si aduers. donat.* Tertiò, quia omnia bona tutoris obligata remanent pro administratione tutelæ *l. pro officio C de administratione tut.*, nec tamen bona minoris ob talem causam obligantur *l. vltim. C. de legit. tut.*, ergo etiam &c. 3

Rationibus, & paritatibus euincitur.

Bona minoris non veniunt hypothecato pro dote

5 Ex aduerso opponebat locator, quod iura disponentia bona inuecta in prædio conducto tacitè obligari pro pensionibus generalitèr, & indistinctè loquuntur sine vlla exceptione, & limitatione; iura autem generalitèr, & indistinctè disponentia comprehendunt etiam personas priuilegiatas *l. in fraudem §. vltim. ff. de mili. test., Tiraquel tract. de retractu consanguinit. §. 1 glos. 14. n. 96.* Secundò, quia in hac hypothesi cessat ratio dispositionis iurium eximentium minorum bona à tali obligatione, quandoquidem talia iura sic disponunt, ne minores, vt plurimum ignari, & imperiti decipiantur, quod non potest esse in conductione domus, cum hoc etiam præstent prudentes patres familias. Tertiò, quod licet pupillus non possit obligari principalitèr sine tutoris auctoritate, possit tamen obligari

Iura, quibus innititur locator.

Obligaretur minor in consequentiã. gari in consequentiam. Quartò, quia *ex l.1.in fin., & l.2.ff. de reb.cor.* habetur bona pupilli sortiri posse tacitam hypothecam sine decreto curatoris, & si expressa hypotheca prohibita sit, quod idem videtur haberi *in l.quæ tutoris ff.de reb.cor.*, vbi videtur afferi, quod bona pupilli non possint voluntariè obligari sine auctoritate tutoris, benè tamen necessariò ex legali dispositione. Quid igitur hac in re sentiendum?

4 Respondeo primò, si bona per minorem inuecta in domo conducta fuerint mobilia, quæ seruando seruari non possint, probabilius remanent tacitè obligata locatori *Carocius de locat., & conduct. part.5. sub tit. de inuectis q.7.n.1., & 13.* hocque expressè colligitur *ex l.1.ff. de reb. cor., & ex l. lex quæ tutores ff. de administratio. tut.* Ratio autem ea esse potest, quia, sicuti ad alienationem istorum non requiritur illa solemnitas, quę requiritur in alienatione immobilium, aliorumque mobilium pretiosorum, quæ seruando seruari possunt, ità ad illorum obligationem illa solemnitas non requiritur, adeoque &c.

Hæc solemnitas sicuti nõ requiritur in alienatione, ità nec in obligatione.

5 Respondeo secundò, si bona, quæ per minorem fuerunt illata, fuerint ex illis, quę seruando seruari possunt, probabilius crederem fieri tacitè obligata pro pensionibus domus conductæ *Iacob. de Aret., & Alber. in l.sed hic ff. de reb. cor., Castrensis, & Iason in l.item quia ff. de pact., Baldus, & Alexand. in l. si constante ff. solut. matrim., Baldus in l. certi iuris quæst.8. C. locati, Ioannes Andræas ad specul. in tit. de donat. inter vir., & vxor. §. fin. vers. quid si mulier, Neguſ. de pignor. in 4. membr. part.2. num.154. limit.9., Baldus in l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.*, quæ etiam verificari volunt, quantumuis fuerunt inuecta sine curatoris auctoritate *Scribentes in §. item Seruiana institut. de act., Iason n.57., Gomes. num. 25. Bellon. n.31., Fernand. in suo thesaur. in verb. conductio n. 217.* Hanc responsionem sufficientèr probant rationes adductæ pro locatore, ad quæ vos remitto, quibus hanc vnam addo, quia facta conductione illa obligatio est ex necessitate, quandoquidem est ex dispositione legali.

Illa obligatio est ex necessitate.

Dices, etiam est ex dispositione legali, quod omnia bona inuecta in domo conducta, sint tacitè obligata locatori pro pensionibus, & tamen ob priuilegium libri scholarium, arma militum, breuiaria clericorum eximuntur à tali obligatione per superiùs dicta, ergo etiam, quantumuis ex eadem legis dispositione omnia bona sint tacita obligata, erunt tamen à tali obligatione exempta bona minorum, cum etiam ista sint priuilegiata. Sed contra, ea, quæ dicta sunt de libris scholarium, de armis militum, & de breuiarijs Clericorum, procedunt ex speciali motiuo necessitatis eorundem ad propria munera, quibus consulere iura voluerunt, ne milites inermes, scholares sine necessarijs instrumentis ad studia, & Clerici sine requisitis ad cultum Diuinum, & ad Religionis obsequia remanerent, cum hæc tendant, vel ad bonum commune, vel ad Religionis obsequium, quæ non militant in bonis minorum, quæ solum respiciunt eorum vtilitatem, & ea non obligentur principalitèr, sed tantum in consequentiam.

Procedẽt ex speciali motiuo necessitatis.

Efficacior ratio nostræ responsionis erit solutio exceptionum, quæ per Caium minorem opponebantur. Ad primam igitur dic, assumptum nõ habere fundamentum, nisi *in auth. dos data C. de donatione ante nup.*, quam diuersimodè explicant Doctores. Omissis tamen breuitatis gratia aliorum explicationibus ad prædictum textum, placet ad rem nostram eum sic explicare, prout habet *Iacobus Menochius de recuper. possess. remed. 15. num. 167.* nempè non eo ipso, quo dos data est, imponi viro necessitatem constituendi vxori donationem propter nuptias, nam hoc totum in arbitrio viri esse voluit *Iustinianus in l. vltim. C. de donat. ante nuptias*; neque hæc aduersantur illi textui *in d. auth. data dos C. de donat. ante nuptias*, quandoquidem in illo textu solum indicatur, quod illud ius, quod competit marito in exactione dotis, illud idem competat vxori in actione donationis ante nuptias, nec quidem absolutè, sed dumtaxat conditionatè, si illa scilicet fuerit constituta, non quatenus imponat onus ad constituendum, sed solum, quatenus conferat ius post constitutam. Ex quibus sequitur, quod multo minus obliget minorem ad constituendam illam donationem ante nuptias, quantumuis dotem receperit. 6

Confert ius post constitutam dotẽ non onus constituendi.

Ad secundam dicendum est, falsum omninò esse per receptionem dotis bona minoris tacitè non obligari, vt de communi testatur *Iason in l. si constante in princip. nu.210. ff. solut. matrim., Negusant. de pignor. 4. memb.2. part. num 73., Curt. Iun. cons.168. num. 20., Tiraquel. de leg. connub. in glos.6. n.185.*, nec aliquid officit textus *in d.l. Titia ff. de iur. dot., & in d.l.1. C. si aduers. donat.* quandoquidem ille textus procedit de obligatione expressa, quæ habetur per partium conuentiones, non de tacita, & implicita, quæ habetur ex dispositione legali; & quidem secus incongruum videretur, quod minor reciperet dotem, & sentiret commoda illius, & non subiret onera, quæ ex dispositione iuris imponuntur ad cautionem alterius consortis.

Bona minoris obligantur per receptionẽ dotis.

Ad tertium dicendum est, solum inferri per illum textum, quod minoris bona non remanent tacitè hypothecata pro administratione tutelæ, quatenus prohibetur minor tutelam assumere, quod non militat

in casu, de quo loquimur, in quo minor non prohibetur domum conducere; atque in hanc responsionem, seu solutionem propendet *Iason in l. vltim. C. de legat. tut.* Ad quod faciunt ea, quę supradicta sunt, quod scilicet, quamuis minor non possit hypothecare bona sua principalitèr, possit tamen in consequentiam; qui enim potest velle, & vult aliquid, debet saltem implicitè velle ea, quæ ex iuris dispositione consequuntur ad illud.

---

§. VII.

An Saluianum interdictum extendatur ad bona inuecta, & postea asportata.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, eiusque explicatio. 1.
Inuecta, & illata sunt tacitè obligata, & licet postea amoueantur, non infertur præiudicium hypothecæ acquisita ad fauorem locatoris. 2.
Intellige, dummodo fuerint inuecta eo animo, vt ibi perpetuo manerent. 3.
In controuersia, quod fuerint inuecta, nec ne, onus probandi, quod fuerint inuecta, spectat ad locatorem. 4.
In controuersia, an fuerint inuecta animo, vt ibi permanerent, coniectandum est ex qualitate rerum. 5.

1 Disquisitio VII. Inuexerat conductor bona quędam in fundum conductum, deindè post elapsum aliquod temporis ex tali prædio asportauit. Finita locatione, & non solutis adæquatè pensionibus contendebat locator ex remedio huius Saluiani interdicti in ordine ad repetendas huiusmodi res propter tacitam hypothecam, inductam per inuectionem talium rerum in fundum conductum; aduersus quem excipiebat conductor, quod ex eo, quod illa bona fuerint à fundo, antequam cederet dies locationis finitæ, asportata, fuerint exempta ab illo onere hypothecæ, cum iura dumtaxat loquantur de inuectis, & repertis in fundo tempore finitæ locationis. Quæritur iam cuisnam sint potiora iura.

Exponitur facti series.

2 Respondeo, inuecta, & illata sunt tacitè obligata, & licet postea amoueantur, non infertur præiudicium hypothecæ acquisitę ad fauorem locatoris *Baldus in l. certi iuris num. 9. in fin. C. locati, Angel. Aret. in §. item Seruiana num. 1. instit. de act., Negusant. in tract. de pignor. in 2. membr. 4. partis nu. 142., Menochius de adipisc. possess. rem. 3. num. 103., & sequen., Carocius de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis qu. 15. num. 1.* Ratio huius responsionis ex eo desumitur, quod habetur *in l. vtrum vers. vndè falsam ff. de constit. pecunia*, vbi Vulpianus asserit, quod contracta semel obligatio impediri non possit, *& in l. si debitor in princip.*, & *§. 1.*, *& l. voluntate ff. quib. ex caus. pign.*, *vel hypoth. sol.* dicitur, quod expressa hypotheca semel acquisita non dissoluatur nouo contractu, ergo, nec dissoluitur tacita hypotheca, quæ contrahitur per rerum inuectionem in locum conductum ex dispositione legali, quandoquidem difficilius dissoluitur id, quod per dispositionem iuris contractum est, quam id, quod per partium conuentiones.

Obligatio semel cōtracta impediri non potest.

Limitarem tamen in suppositione, quod illata, & inuecta non fuerint eo animo, vt 3
ibi perpetuo manerent, hoc est durante tempore locationis *Alexander in l. si constante qu. 3. quæst. princip. ff. solut. matrim.*, *Baldus in §. item seruiana num. 30. instit. de act.* Quod autem per ly *perpetuo* intelligatur, durante tempore locationis explicat *Glos. in l. si non inducta C. in quib. caus. pig. tac. contrahatur, Menochius de arbitr. iud. cent. 3. cas. 441.*, & iuxtà hanc limitationem explicatur textus *in l. cum tabernam ff. de pignor.*, vbi dicitur, quod merces asportatæ non amplius hypothecatæ remaneant, cum aliæ fuerint inuectæ; explicatur, inquam, quia non fuerunt inuectæ, vt ibi perpetuo essent.

Hic suboritur difficultas, an in controuersia, quod res illæ fuerint inuectæ in fundum, nec ne onus probandi spectet ad conductorem, an verò ad locatorem. Secundò, an in controuersia, quod fuerint inuectæ cum animo, vt ibi permaneant, nec ne, quomodo sit coniectenda voluntas inuectoris. Ad primam assero congruentius ad locatorem spectare onus probandi, quod
res illæ, de quibus est controuersia, fuerint 4
inuectæ in fundo conducto *Bartolus, Baldus in l. si non inducta C. in quib. caus. pign. tacit. contrahatur*. Ratio ex eo desumi potest, quod generalitèr circumfertur, quod dicēti onus incumbit probandi, non neganti. Ad secundam dicendum est ex qualitate rerum inuectarum coniectandum esse, an
fuerint inuectæ animo, vt ibi permaneant 5
nec ne; si enim fuerint tales, vt continuo vsu sint absumptibiles, & destinatæ ad talem vsum, tunc præsumendum est non esse illuc inuectas, vt permaneant, vt de pecunijs destinatis pro expensis domus loquitur *Menochius de adipisc. possess. remed. 4.*, vel de rebus venalibus alij loquuntur; si verò fuerint res secundum se permanentes, & secundum se durabiles destinatæ ad commoditatem conductoris inhabitantis, vel ad ornatum, & decentiam domus, tunc præsumendum est fuisse inuectas animo, vt ibi permaneant, adeoque &c.

Dicenti, nō neganti incumbit onus probandi

Ad magis confirmandam responsionem,

& ea, quæ in ipsa dicta sunt, placet ea adducere, quæ docent *Signorol. consf.4.n.7. Marant. in Specul.part.4.dist.7.num.11., Negusant. de pignor.part.2. membr.4. num.133., Balduin. in §. interdictum Instit. de interd., & in comment. de pignor. c.14. col.2., Sarment. de reddit. Eccl. part.3. c.2. num.19., Menoch. de adipisc. possess. rem.3. q.7.* nempè illata, & inuecta per conductorem, etiam si transeant in tertium possessorem, posse per locatorem remedio tali reuocari, quatenus ille possit conueniri vtili Saluiano interdicto licet nõ directo, quo in casu certè res illę præsumantur asportatę à fundo conducto.

Conuenitetur vtili saluiano, non directo.

§. VIII.

An per specialem hypothecam tollatur generalis quoad res inuectas.

SVMMARIVM.

Disquisitionis series exposita. 1.
Exceptiones conductoris contendentis locatorem non habere ius, nisi in bonis specialitèr obligatis. 2.
Probabilius est per specialem, & expressam hypothecam tolli generalem. 3.
Variæ explicationes circà dictum, quod prouisio hominis cessare faciat prouisionem legis. 4.

1 DIsquisitio VIII. Caius facta locatione Petro de domo sua conuenit cum eodem, vt pro securitate contractus, & pensionum pro tali domo soluendarum assignaret specialitèr res aliquas in particulari, vel inuectas in tali domo, vel fundum aliquem distinctum in hypothecam, quod vtique præstitum est. Postea cedente tempore locationis, & non persolutis pensionibus contendebat idem Caius ratione hypothecæ generalis legalis satisfieri in alijs bonis inuectis distinctis à specialitèr assignatis easdemque vi Saluiani interdicti detinere, aduersus quem excipiebat Petrus, quod per specialem expressam, & conuentionalem hypothecam fuerit nouata præcedens generalis tacita, & legalis iuxtà textum *in l. fin. C. de pact. conuention., & in l. & habes §. cum quis ff. de precar. Dinus in d. §. item seruiana instit. de act. Cinus in l. certi iuris in 6. q., & ibi Salicet. qu.1. C. locati,* & per consequens, quod nullum ius habeat ad alia bona inuecta distincta à specialitèr assignatis in tali speciali hypotheca. Quæritur iam quid iuris?

Refertur status cõtrouersiæ

2 Exceptiones cõductoris aduersus locatorē.

3 Respondeo, probabilius esse per specialem, & expressam hypothecam ablatam esse tacitam, & generalem *Dinus in dict. §. item seruiana instit. de act., Cinus in l. certi iuris in 6.q., & ibi Salicetus quæst.5. C. locati Alberic. in l. item quia ff. de pact.,* & est conformis ijs, quæ nos docuimus *tom.2. sub tit. de Cambiis II. disqu.3. §.15. num. 2.,* quæ ibi absolutè recole. Ratio prima ea esse potest, quam ibi adduximus, quia talis specialis, & expressa hypotheca in re certa inducit quasi rationem pignoris in tali determinata re *Paulus de Castro, & Alexander contra Bartolum in l. si rem §. propriè ff. de pignor. act. l. res §. inter pignus ff. de pignor.*, sed assignato, & acceptato certo pignore pro debito regularitèr reliqua oppignorantis bona remanent ab omni onere immunia quoad tale debitum, quia pignus idoneum facit censeri renuntiatum etiam actioni personali *l. creditor, & ibi Alexand. ff. si certum petatur*, &, qui restringitur ad vnũ, supponitur cæteris renuntiare, nisi aliud exprimat.

Expressa hypotheca inducit quasi rationem pignoris.

Dices, non potest esse rationabilitèr præsumptio, quod locator voluerit cedere primæuis suis iuribus, sed addere iura iuribus, ergo, cum ex natura sua posterior hypotheca non habeat oppositionem cũ priori generali, & legali, nec possit esse præsumptio, quod posteriorem acquirens cedat priori, vtique nec ex natura sua, nec ex præsumptione illa dissoluitur. Sed contra pro solutione recole, quæ dicta sunt *d. tom. 2. sub tit. Contractus V. de camb. 11. disq. 3. §.15. nu.2. vers. dices primò;* ex eo enim, quod acceptarit onus in aliqua speciali re sine reseruatione ad priora iura præsumitur eisdem cessisse, cum regularitèr quando non fit talis cessio, apponatur in instrumentis, in quibus assignatur specialis hypotheca, illa clausula, vel similis sine præiudicio iurium anteriorum addendo iura iuribus, quæ certè essent superflua, si ex natura sua talis reseruatio intelligeretur, quod non est dicendum *Glos. in l.1. ff. quod metus causa, & in c. solitæ de maiorat., & obed. l. si quando ff. de legat. 1., Carolus Ruin. cons.68. n.8. vol.4.*

Supponitur facta cessio ex eo, quod acceptata sit obligatio in re speciali.

Ratio esse potest secundò, quia prouisio hominis cessare facit prouisionem legis *l. fin. C. de pact. conuent. l. & habes §. cum quis ff. de precario*. Neque obesse potest, si asseratur primo cum Bartolo, prouisionem hominis tunc solum cessare facere prouisionem legis, quando prouisio legis est de iure tantum speciali, secus si sit de iure communi, hocque asserit idem *Bartolus in l. si cum dotem col.1. in fin. ff. solut. matrim., Baldus in l. 1. col. 3. C. communia de legat.* Non, inquam, obesse potest, quia in primis in hac hypothesi prouisio legis non est de iure communi, quatenus prouenit ex generali causa, sed ex causa speciali proueniente à iure locatoris ex tali speciali contractu, circa quod propterea, si sit prouisio hominis, hoc est eorundem contrahentium, cessare debet iuris prouisio; neque arbitrandum est dici ius commune ex eo, quod extendatur ad omnia bona inuecta, seu illata, 4

Nõ prouenit ex generali causa, sed ex speciali contractu.

non,

non, inquam, arbitrandum est, quia ius potius dicitur generale, vel speciale ex titulo, à quo prouenit, quam ex rebus, circa quas fertur. Deindè frustratorius esset talis textus *in d. l finali C. de pactis* cum hominis dispositione, si dumtaxat cessare faceret dispositionem iuris circà easdem res, circa quas est dispositio legalis; quis enim ignorat dispositionem hominis circà aliquas res nil aliud addere circa dispositionem legis circa easdem?

Neque obesse potest secundò, si asseratur, prouisionem hominis tantum cessare facere dispositionem legis, quando ambæ proueniunt ab eodem fonte, secus, si à diuersis fontibus *Baldus in l. certi iuris in fin. C. locati Aret. in §. item Seruiana col. 2. in fin. instit. de act.* Non, inquam, obesse potest, nam interrogo huiusmodi Doctores; quid intelligant in proposito nomine eiusdem, vel diuersi fontis? Si intelligant originem, à qua proueniunt huiusmodi pensiones; iam certum est, quod ambæ proueniant ex eodem motiuo, nempè cautionis locatoris pro pensionibus debitis ex locatione; Si intelligant principium, à quo procedunt iura ad huiusmodi cautiones, tunc nulli dubium, esse diuersos fontes, cum vnus procederet ex dispositione iuris, alius ex conuentione contrahentium, sed tunc inanis esset quæstio, an prouisio hominis cessare faciat dispositionem legis, quandoquidem ipso iure patet huiusmodi prouisiones procedere à diuersis fontibus hoc modo acceptis, & sic frustrà præcitati DD. inquirerent, an huiusmodi cautiones, seu prouisiones proueniant ab eodem, an à diuersis fontibus, quinimmò contra suppositionem, quandoquidem controuersia est, an prouisio hominis cessare faciat prouisionem legis; Si verò intelligant nomine diuersi fontis terminum, ad quem huiusmodi fontes diriguntur, nempè obligationes in rebus, quæ quandoque sunt communes, prout extenduntur ad res omnes, quandoque speciales, prout restringuntur ad res determinatas; tunc incongruè in primis accipiunt pro fonte id, quod est terminus. Deindè eadem ratione impugnatur hic modus explicandi, quo fuit impugnatus præcedens *Bartoli, & Baldi*.

Proueniunt ex eodem motiuo cautionis locatoris.

Impugnantur alij dicendi modi.

Neque obesse potest tertiò, si asseratur, prouisionem hominis non tollere prouisionem legis, nisi quando æquè plenè succurrit, ac eadem prouisio legis, quod non euenit in præsenti hypothesi. Non, inquam, obesse potest, quia sufficit, quod sufficienter succurratur, quod certè præstatur in præsenti hypothesi, quod si æquè non fiat subuentio, hoc est ex libertate contrahentium, qui vtique cedere potuerunt vberiori cautioni posita sufficienti.

Æquè redditur cautus locator.

§. IX.

An illata in nauem conductam sint tacitè obligata pro naulo.

SVMMARIVM.

Ratio, seu series controuersiæ exposita. 1.
Actio hypothecaria, & remedium Saluiani interdicti competit Nauclero. 2.
Res inuectæ in nauim inscio domino nauis intelliguntur etiam tacitè obligatæ pro pensione nauis. 3.

Disquisitio IX. Conduxerat quis nauem ad traijciendas res suas Neapolim; Res illæ fuerunt in nauim inuectæ, cumq; Neapolim peruenissent, nec per conductorem fuerint pensiones, seu Naulum persolutum, contendebat magister nauis, siuè ex remedio Saluiani interdicti, siuè actione hypothecaria res illas consequi, seu adipisci. Oritur hic difficultas, an iustè possit huiusmodi actionibus vti. 1

Respondeo, vtique eidem Domino nauis huiusmodi actiones competere *Baldus in l. certi iuris n. 7. C. locati Negusant. in tract. de pignor. in 4. memb. 2. partis nu. 140., Tiraquel. in tract. de retract. consanguinit. §. 1. glos. 7. num. 88., Menochius de adipisc. possess. rem. 3. q. 23. n. 150.* Ratio huius assertionis ea est, quia domus, & nauis æquiparantur *l. penult. §. fin. ff. de ijs, quæ deiec. vel eff. naui ff. de euict.*, sed inuecta, & illata in domum conductam sunt tacitè obligata pro pensionibus eiusdem domus per superiùs allegata, & probata, ergo, & inuecta in nauim. Quod autem nauis æquiparetur domui multis euincit *Tiraquel de retract. consanguin. §. 1. glos. 7. n. 88., & 89.*, & primò, quia statutum puniens insultum factum ad domum extenditur ad insultum factum ad nauim *Albericus in l. penult. §. vlt. ff. de ijs, qui deic. vel effud.* Secundò, quia nauis æquiparatur prædio Vrbano, *Baldus in l. certi iuris col. 2. in 4. quæst. vers. quid de conducente C. locati Capola de seruit. Vrban. præd. tit. 11., qui est de seruit. vrb., & rust. col. 1. vers. quia de naui., Phylip. Deci. in l. nemo de domo ff. de reg. iuris*, & in multorum sent. prædio rustico *Fran. Rip. in repetit. l. quominus q. 18. ff. de flum., Iason in l. si domus col. 3. vers. 2. amplia ff. de leg. 1.* Neque obesse potest, si asseratur, nauim inter mobilia reputari *l. 1. §. illud vtique, & §. si quis de naui ff. de vi., & vi. armat.*, non, inquam, obesse potest, quia iura loquuntur indefinitè de inuectis in prædio conducto, non distinguendo inter mobilia, & immobilia quoad idem prædium, cum autem nauis per superiùs dicta 2

Domus, & nauis æquiparantur.

Nauis æquiualet prædio vrbano, & rustico.

æquipolleat prædio siuè vrbano, siuè rustico, non est, cur iura illa etiam ad nauim non sint extendenda.

Hic oritur difficultas, an, si per aliquem fuerint inuectæ res in nauim ignorante penitùs Domino nauis, adhuc illæ obligatæ remaneant pro pensione eiusdem nauis? Ratio difficultatis ex eo consurgit, quod docet *Bartolus in l. si area ff. de condict. indeb.*, vbi asserit, quod in data hypothesi ex vi contractus nulla debeatur pensio, ex quo sequitur ex directo, quod pro pensione illæ res non remaneant tacitè obligatæ, quandoquidem obligatio non oritur pro eo, quod ex vi contractus, ratione cuius priuilegium conceditur, non est debitum. Quod, si asseratur, quod, quantumuis pensio non sit debita ex contractu, sit tamen debita ex æquitate, prout videtur asserere idem *Bartolus loc. cit.*, & cum eo *Carocius de loc., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis quæst. 13. nu. 6.*, statim erit impugnatio, quia remedium Saluiani interdicti, seu hypothecariæ actionis conceditur ex vi contractus, non æquitatis simplicitèr. Nihilominus sentiendum existimo, prædictas res tacitè obligari, quia, quantumuis contractus non fuerit initus per specialia pacta, & expressa, cum dominus nauis fuerit inscius illius inuectionis, nihilominus quoad onera ille inuector videtur ex iustitia obligari, & illa obligatio regulari debet ad normam veræ locationis iuxtà consuetudinem; congruum etenim non est, vt sentiat commoda traiectionis sine oneribus eiusdem, & sicuti cognita inuectione potest inuector obligari per Dominum nauis ad onera pensionis iuxtà consuetudinem, ità pro illis potest obligari quoad res illas, si non ratione expresse conuentionis, quæ inita non supponitur, saltem ex vi dispositionis legalis obligantis res inuectas in securitatem pensionum; Ex quibus patet, quid respondendum sit ad opposita, nempè, quod, quamuis contractus expresè non fuerit initus, intelligatur tamen implicitè talis supplente iure defectum consensus, ne præiudicium inferatur Domino nauis, & ne ex sua frauda inuector commodum sentiat sine vllo incommodo.

Rationes dubitandi in cōtrarium.

4

Regulatur tamē ad normā cōtractus

Consuetudo id efficit, quod nō efficit expressus cōsensus.

---

§. X.

An boues aratorij inducti in fundo rustico sint tacitè obligati pro pensionibus.

SVMMARIVM.

Explicatur casus in suis terminis. 1.

Locator non potest vti remedio saluiani interdicti, nec actionis hypothecariæ in ordine ad boues aratorios, aliaque instrumenta necessaria colonis ad culturam. 2.

Etiam, si colonus nō habuerit alia bona, in quibus locator posset cautionem accipere. 3.

Supposita designatione ad culturam adhuc locator non potest agere contrà ipsa, quantumuis non sit in opere deducta. 4.

1 DIsquisitio X. Conducta quis quadam possessione rustica ad colendos agros conductos in eandem inuexit boues aratorios, aliaque instrumenta rustica necessaria ad culturam talium agrorum. Cedente tempore locationis locator pro pensionibus non solutis eosdem boues, aliaque instrumenta aratoria sibi acquirere contendebat. Obstabat conductor, quod cautionem habere non poterat locator in illis bonis, siquidem illa non minus sibi necessaria sunt ad proprium munus, ac sint necessarij libri respectu scholarium, arma respectu militum, breuiaria respectu Clericorum, quibus, sicuti fauet priuilegium, ità sibi fauere debet. Quæritur iam cuiusnam sint potiora iura.

Facti series singularitèr explicata

2 Respondeo, locatorem non posse vti remedio Saluiani interdicti, nec actionis hypothecariæ in ordine ad illos boues aratorios, nec ad alia instrumenta rusticalia necessaria colonis ad culturam *Baldus ad l. si non inducta ff. in quib. caus., Iason in l. 1. nu. 2. ff. de ferijs Nouel. reg. 197. n. 4., Ripa in l. obligatione nu. 57. ff. de pignor.* Expresè colligitur hæc responsio ex textu *in l. executores C. quæ res pign. oblig. pos.*, vbi dicitur executores ad exigenda debita datos non posse abstrahere seruos, boues aratorios, & rusticalia instrumenta, quia huiusmodi pignore capi non possunt, hocque ex speciali priuilegio tàm legum veterum, quàm nouarum, quandoquidem hinc mortalium vita pendet; vndè meritò in hoc Mediolanensi dominio extat noua constitutio *sub rubr. de executionibus c. cum executiones*, qua prohibitum est sub pæna pecuniaria, & illa non persoluta fustigationis, capere pignore boues aratorios, & alia instrumenta rusticalia; hacque in re scribit *Plotus in l. si quando nu. 612. C. vndè vi*, quod, si contingat boues hos aratorios, vel alia rusticalia instrumenta pignoris causâ abstrahi, possit Dominus manu propria recuperare, quod etiam affirmauit *Iason cons. 20. lib. 3., Bartolus in l. si alia §. bellissimè ff. quod vi aut clam.*

Hæc pignora capi non possunt.

Hic oritur difficultas, an saltem locator possit vti remedio Saluiani interdicti, quando colonus nulla alia bona haberet, in quibus posset idem locator cautionem accipere. Affirmatiuè respondent *Glosa in d. l. executores, & ibi Angelus C. quæ res pign. obl. pos., Ripa de peste n. 221. vers. item boues, Plotus de in lit. iurand. §. 43. in fin., & secundum primam impressionem num. 712., Marsilius de fide-*

fideiussoribus n. 212. arg. deducto ab armis respectu militum, librorum respectu scholarium, & breuiarij respectu Clerici. Negatiuè respondent *Petrus Cinus, & Alberic. in d. l. executores Negusant. de pignor. part. 2. memb. 3., Iacobus Menochius de arbitrar. Iud. lib. 2. centur. 4. cas. 387. nu. 10.* ea potissimum ratione, ne agricultura impediatur. Quid igitur in hac difficultate concludendum? Absolutè crederem ex speciali priuilegio, quo iura consulunt agriculturæ, non posse locatorem vti tali remedio in ordine ad tales boues aratorios, cæteraque instrumenta rusticalia necessaria, quia finis, ob quem conceditur tale priuilegium; præponderat cuicunque iuri locatoris, respicit enim vitam mortalium, quæ vtiq; pendet ab agricultura. Hæc, quæ dicimus, adeò vera existimant *Bartolus in d. l. executores, & Negusant. tract. de pignor. part. 2. membr. 3. nu. 49.*, vt etiam extendant, quandò colonus etiam ex conuentione pignori subiecisset. Ad illud, quod subditur argumento desumpto à paritate librorum respectu scholarium, armorum respectu militis &c. dicendum est, non ità esse certum, huiusmodi res cadere posse in data hypothesi sub pignore, sicuti opinantur huiusmodi Doctores, nec nos alitèr supra asseruimus, sed solum retulimus aliorum placita nihil definientes. Dato deindè, quod huiusmodi possent in data hypothesi pignore capi, non propterea sequitur, posse capi boues aratorios, aliaque rusticalia instrumenta, quandoquidem hæc magis necessaria sunt, quia respiciunt bona vitæ, quæ præferenda sunt quibuscunque bonis honoris, & fortunæ.

Finis priuilegij præponderat cuicunq; iuri locatoris.

Respiciunt bona vitæ.

4 Disputat hic *Menochius de arbit. Iud. lib. 2. centur. 4. casu 378. num. 17.*, an saltem pignore capi possint huiusmodi boues aratorij, aliaque instrumenta rusticalia, quæ hactenus non sunt in opere deducta, licet sint apta ad cultum agrorum, & destinata ad ipsum, & respondet vtique posse, quia ex quo nondum sunt ad opus deducta, non videntur priuilegiata. Nihilominus contrarium sentiunt supposita destinatione ad talem culturam *Carocius tract. de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis q. 20. n. 16., Anton. Gabr. de præsumpt. concl. 12.*, quia eo ipso, quod sunt destinata ad talem vsum proximè accedunt ad vsum, adeoque, cum versemur in fauorabilibus, habentur quoad effectum priuilegij, ac si essent in ipso vsu. Secundæ huic opinioni, vtpotè fauorabiliori agriculturæ, & magis ad mentem legislatorum, & legum accedo, quandoquidem facta deputatione horum ad culturam agrorum, si pignore caperentur, æquè consequerentur in agris illa incommoda, & damna, quæ præsumuntur consecutura ex oppignoratione facta, dum essent in vsu.

Proximè accedunt ad vsum.

Hæc quoad iura dicta sint; cæterum quoad consuetudinem asserunt *Salicetus in d. l. executores, Negusant. de pignor. part. 2. memb. 3. n. 49.* huiusmodi iura non amplius esse in vsu, sed vtentium moribus abolita, quamobrem præsentibus his temporibus asserit *Carocius loc. cit.* quod ne dum boues, sed etiam coloni indefinitè capiuntur. Quidquid sit de hac contraria consuetudine tu videris.

---

§. XI.

An locator pro inuectis præferatur alijs creditoribus anterioribus.

SVMMARIVM.

Refertur difficultas in suis terminis. 1.
Rationes, & iura tàm pro creditoribus anterioribus, quàm pro locatore. 2.
Si cæteri creditores fuerint anteriores præcisè ratione temporis quoad inuecta illis est præferendus locator. 3.
Item regularitèr, si fuerint hypothecarij. 4.
Locator non præfertur respectu expensarum funeris. 5.

Disquisitio XI. Contraxerat Antonius plura debita cum diuersis creditoribus, vel ex titulo mutui, vel ex titulo cambij, vel alio quomodocunque, postea conduxit domum à Titio conuenta cum eodem certa, & determinata pensione, in quam postea inuexit sua bona mobilia. 1
Non soluente eodem Antonio pensiones conuentas, & concurrentibus alijs creditoribus anterioribus, vt satisfierent, contendebat idem Titius locator se prælationem habere quoad bona inuecta in domũ conductam supra alios quoscunq; ex speciali priuilegio locationis, præcipuè cum locator dicatur quodamodo possidere inuecta, & illata *l. 1. §. si iusserim ff. de acquir. poss. l. 2. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.*, vbi dicitur, quod possidetur loco pignoris, & creditor possidet pignus *§. item Seruiana Instit. de act. Azo. Glosator in l. solutam §. solutam ff. de pignor. act., Cinus in l. certi iuris q. 2. C. locati.* E contrà excipiebant cæteri creditores anteriores ex *reg. prior ff. de reg. iur. in 6.*, quod ipsi priores sint in tempore, adeoque etiam potiores in iure. Pro solutione 2

Rationes pro vtraque parte

Aduerte, cæteros creditores quasi duplicitèr posse esse anteriores; primò, quatenus sunt tales præcisè ratione prioritatis temporis sine vlla penitus cautione hypothecaria, vel pignoratitia, vel secundò, quatenus sunt tales actione etiam hypothecaria, & cum ratione pignoris.

Creditores, vel sunt hypothecarij, vel sine hypotheca.

Respondeo primò, si cæteri creditores fuerint ratione præcisè temporis anterio- 3

res

res, vtique ipsis præferendus est locator quoad inuecta, & illata in fundum conductum. Probatur assertio, quia hypotheca in re operatur, vt secundus creditor, cui constituta est, præferatur in re ipsa alijs etiam anterioribus non habentibus hypothecam *l. licet C. qui potior in pign. hab. l. quamuis C. de pign.*, vndè etiam dicitur, quod hypotheca etiam præfertur priori in casu *l. 3. §. fin. ff. qui potior in pign. haben.*, sed inuecta, & illata in fundo conducto sunt tacitè obligata in vim pignoris, seu hypothecæ in fauorem locatoris per superiùs notata, & probata, ergo &c. Vlteriùs confirmatur, quia hypotheca tribuit ius possessionis, & apprehendendæ, & adipiscendæ, & fortiùs retinendæ *Albertus Brun. consf. 1., & 2. col. 1.*, ergo, cum locator apud se retineat rem in fundum conductum inuectam ratione hypothecæ, & pignoris priuatiuè quoad alios creditores poterit eam capere, seu detinere.

Hypotheca præfertur etiã priori in casu

4 Respondeo secundò, quantumuis cæteri creditores fuerit anteriores, & hypothecarij, ipse tamen locator quoad inuecta, & illata videtur absolutè ipsis præferendus. Conformis est ijs, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. disquis. 3. §. 13. num. 3.* Ratio autem ex eo deducitur, quia, quamuis hypotheca in eadem re pluribus constituta posit contrà extraneum per quemlibet intentari, inter habentes tamen talem hypothecam facit meliorem conditionem possidentis, nisi sit cuilibet pro parte constituta, quia quilibet agit pro parte contra alium *l. si debitor, & ibi Glos., & Bartol. ff. de pignor l. idem §. 1. ff. qui por. in pig. haben.*, sed locator per superiùs allegata dicitur possidere *l. 1. si iusserim ff. de acqu. possess. l. qui pignoris ff. eod. l. 2. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.*, ergo &c. Neque dicas, hæc valere, quando eadem res est pluribus hypothecata æquè primò, secus autem, quando primo est hypothecata vni, tunc enim secundus quantumuis rem illam possideat non videtur præferendus, quia hypotheca semper transit cum re, & eam afficit, eiusque possessorem *l. si prædium, & ibi Baldus C. de euict.*, &, quantumuis res in alterum transferatur, semper tamen debetur primo habenti hypothecam in illa re *l. debitor, & ibi Baldus C. de pignor.*, contra enim impugnaberis, quia, quando in eodem subiecto adunantur simul creditum, & debitum, tunc ipso iure fit compensatio, compensatio autem ipso iure suos immediate sortitur effectus *Tiraquel in l. si vnquam in verb. reuertatur num. 246. C. de reuocand. donat.*, quia quod fit ipso iure trahit secum executionem, & compensatio ipso iure antecellit, seu potius excludit quamcunque hypothecam etiam anteriorem per ea, quæ alibi docuimus.

Locator dicitur quodamodò possidere

Quando in eodem subiecto, debitũ est & creditũ fit ipso iure cõpensatio.

Ex ijs, quæ hactenus diximus, deducitur in fortioribus terminis, quod sit præferendus quibuscumque creditoribus posterioribus, quod expresè tradunt *Alexander de Neuo. consf. 95. num. 7., Dinus consf. 4., Tiber. Decian. consf. 109. num. 23. vol. 2., Altiatus respons. 15. lib. 5.* quinimmò docet *Bellonus consf. 87. num. 16.*, quod locator præferatur etiam mulieri in dote posteriori habenti expressam, etiamsi post instrumentum mulieris fiat instrumentum calculi inter locatorem, & conductorem, quia hoc refertur ad primã tacitam, & legalem hypothecam.

5 Excipiendæ tamen sunt à generali hac regula expensæ funeris in morte conductoris, respectu quarum ipse locator non præfertur pro pensionibus quoad inuecta, & illata in fundo conducto, & hoc ob speciale priuilegium concessum intuitu naturalis pietatis quoad defunctos, quæ præualere debet cuicunque iuri positiuo *l. at si quis §. si colonus ff. de Relig., & sump. fun.*

Limita quoad expensas funeris.

---

§. XII.

An inuecta per conductorem in domo conducta sint etiam tacitè obligata pro alijs debitis eiusdem, vel præcedentibus, vel subsequentibus ex alio titulo à conductione.

SVMMARIVM.

Declaratio casus, & difficultatis proposita. 1.
Opinio Carocij asserentis posse detinere. 2.
Locator eodem iure non potest detinere res inuectas, quo detinere poterat pro pensionibus non persolutis. 3.
Intellige potissimum, si illa inuecta fuerint alijs antecedentèr obligata. 4.
Si illa bona inuecta non fuerint tacitè, nec expresè obligata alijs creditoribus locator præfertur. 5.

Disquisitio XII. Inita locatione inter Fabium locatorem, & Titium conductorem, qui ex alio titulo erat debitor eiusdem Fabij, inuexit in fundo conducto plura bona Titius conductor, & pro singulis, & determinatis temporibus soluit conuentas pensiones, & forte etiam pro eo tempore contraxit alia debita cum eodem Fabio. Cedente iam die locationis, persolutisque omnibus pensionibus contendebat Fabius res inuectas detinere ob debita eiusdem Titij, vel antecedentèr, vel subsequentèr contracta ex alio titulo etiam in concursu aliorum creditorum anteriorum. Quæritur iam, an posit detinere titulo eodem tacitæ obligationis, quo detinere pos- 1

sec

set pro pensionibus, si non essent persolutę, an verò alia ratione, & quomodò.

2 Proponit hanc difficultatem *Carocius de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis q. 10.*, vbi absolutè asserit, locatorem posse detinere pro alio debito pensione fundi conducti persoluta, citatque *Bartolum in l. solutum §. solutam in fin. ff. de pignoribus*, *Negusant. de pignor. in 4. membr. 2. part. n. 129.*, sed non explicat, an eodē iure possit detinere, quo posset detinere pro pensionibus, & an possit detinere in concursu aliorum creditorum anteriorum. Quamobrem

3 Respondeo primò, eodem iure non posse detinere res illas inuectas in fundo conducto, quo detinere potest pro pensionibus non persolutis. Ratio ex eo deducitur, quia priuilegium à iure concessum ad vnum effectum non potest extendi quoad alium, nisi expressè fuerit actum, quandoquidem priuilegium est stricti iuris, & strictè interpretandum, non extendendum, sed quod bona in domum, seu fundum conductum inuecta sint tacitè obligata, est priuilegium, & in ordine ad pensiones, seu fictus eiusdem, ergo non est extendendum in ordine ad alia debita ab ipsis pensionibus, & fictis. Confirmatur, quia ius, quod prouenit ex locatione, non extenditur ad alia, quæ sunt extra locationem, neque enim ex illis datur actio ex locato, vel conducto, ergo quoad ea, quæ sunt extra naturam locationis, non militant priuilegia, quæ militant quoad ea, quæ pertinent ad eandem locationem, ergo eodem iure non potest locator detinere inuecta, quo posset detinere pro pensionibus non solutis.

Priuilegium est stricti iuris, nec extendēdum.

Ex alijs creditis nō datur actio ex locato.

Probatur secundò, quia huiusmodi inuecta nec sunt tacitè obligata ex dispositione iuris, nec expressè ex conuentione partium, ergo eodem iure nequeunt detineri, quo possunt detineri ex pensionibus non solutis. Antecedens probatur quoad primam partem, quia iura non disponunt de illa tacita obligatione, nisi pro pensionibus non solutis; quoad secundam partem ex eo euincitur, quod non inuexit conductor ad illum finem, adeoque nec ex intentione ad vllam hypothecam se obligandi.

Non est hypotheca, neque à iure, neque ab homine.

4 Respondeo secundò; si huiusmodi inuecta fuerint alijs antecedentèr obligata, seu hypothecata non poterit locator pro alijs suis creditis, vel antecedentibus, vel subsequentibus ex alio titulo ea detinere. Ratio est, quia ex vna parte hypotheca semper transit cum re, eamque afficit, & eius possessorem per allegata superiùs iura; ex alia res illę non fuerunt inuectæ in illum finem, & cum non sint tacitè ex dispositione iuris, nec expressè ex conuentione partium hypothecatæ locatori, non constituunt eum possessorem; ergo non est, cur non respiciant priores creditores hypothecarios, adeoque, quod illis non debeantur; Neque vrgeas ex superiùs dictis, quod, cum ipse locator sit creditor ex alio titulo, & res illæ sint in ipsius domo, seu fundo locato, videatur fieri immediatè compensatio, quæ ex superiùs dictis antecellit quamcunque hypothecam quantumuis anteriorem, cui etiam locatori fauere videtur, quod sit quasi in possessione, cuius propterea melior est conditio; contra enim impugnaberis, quia ad faciendam compensationem ipso iure non sufficit quæcunque rei detentio, seu positio eiusdem in loco creditoris quomodocunque, sed requiritur actualis possessio, vel ex iuris dispositione, vel ex partium conuentione, quæ ex nullo capite est in præsenti hypothesi; ex quibus patet discrimen, quod intercedit inter ea, quæ dicta sunt *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. disquis. 3. § 13. num. 3.*, & in præcedenti *disquis. in respons. 2.*, & inter ea, quæ hic dicuntur; quandoquidem in illis verè fit compensatio ipso iure, quia supponitur in eo, qui compensationem intentat, possessio eius, quod venit in compensationem, nam in primo casu de cambijs compensans est in possessione, quod idem est in secundo iuxtà dicta in præcedenti disquisitione, cum inuecta sint tacitè obligata pro pensionibus, & locator quoad inuecta pro eisdem pensionibus dicitur possidere *l. 1. §. si interim ff. de acquir. possess. l. 2. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.*, quod non euenit in præsenti hypothesi, in qua nec tacitè, nec expressè huiusmodi bona obligantur.

Ad faciendam compensationem immediatè requiritur possessio.

Nec tacitè, nec expressè huiusmodi bona obligantur.

Respondeo tertiò, si illa bona inuecta non fuerint tacitè, nec expressè obligata alijs creditoribus quantumuis anterioribus potest vtique illa detinere in solutionem proprij crediti. Ratio est, quia inter creditores non priuilegiatos, nec hypothecarios datur locus præuentioni ad propria credita aduersus debitorem, nec vnus alium respicit; quo fit, vt, cum locator habeat quodamodo apud se bona, quibus potest fieri solutio proprij crediti, non indigeat aliundè cum sui incommodo quærere, nec ad hoc alij creditores possunt esse rationabilitèr inuiti, quod locator per præuentionem consulat rebus suis. 5

Datur locus præuentioni, nec vnus alium respicit.

---

§. XIII.

An instrumenta, & apochæ continentes nomina debitorum inuecta sint tacitè obligata.

SVMMARIVM.

Ratio, & series controuersiæ. 1.
Huiusmodi instrumenta non intelliguntur tacitè

citè obligata pro pensionibus. 2.
Non vales paritas de literis cābij, & quare. 3.

1 DIsquisitio XIII. Cum alijs suis suppellectilibus conductor inuexit in fundum conductum nonnulla instrumenta, & apochas continentes nomina debitorum. Hic excitata fuit controuersia, an huiusmodi instrumenta, apochæ, & nomina debitorum intelligantur tacitè obligata pro pensionibus, sicuti cæteræ res inuectæ?

2 Respondeo, non intelligi tacitè obligata pro huiusmodi pensionibus *Salicetus in l. certi iuris qu.4.C.locati, Menochius de adipiscen.possess.remed.3.n.142., & seqq., Carocius de loc., & conduct.part.5.sub tit. de inuectis qu.15.n.29., Tiraquel ad l.si vnquam in verb. bona n.13.C.de reuoc.donat., Bellon.in §.item Seruiana num.50. instit.de act., Negusant. in tract.de pignor.in 4. membr.2.partis nu. 153. vers. octauo limita.*

Nomina debitorū non veniunt in generali obligatione quoad inuecta. Ratio autem huius responsionis ea est, quia in generali tacita bonorum obligatione quoad inuecta in fundum conductum non veniunt nomina debitorum *l. Caius ff. de leg.2., & l.si mihi Mæuia §.vlt.ff.de leg.3.*, ergo ex eo, quod huiusmodi nomina fuerint inuecta, non propterea intelliguntur tacitè obligata. Antecedens probatur, quia in generali tacita obligatione ob inuectionem non veniunt, nisi ea, quæ sunt inuecta, vt perpetuo ibi sint, hoc est durante tempore locationis, qua ratione communitèr dicunt, quod pecuniæ in domum inuectæ destinatæ ad vsus non veniant sub tacita hypotheca, quia non inuehuntur, vt ibi permaneant *Gomes. in d. l. item seruiana num.20. instit.de act., & ibidem Zasius n. 22.* ratioque ex eo deducitur, quia domus non fuit conducta eam ob causam, vt pecunia hæc ibi esset *l. debitor ff. de pign.*, nec pecunia loco circumscribitur *l. si fideicommissum §. tractatum ff. de iudic.*, sed nomina debitorum non ita inuehuntur, vt perpetuo ibi sint, nec secundum se loco circumscribuntur *Cinus in l. certi iuris C.locati*, cum inuehantur solummodò per accidens, donec debitum exigatur, ergo &c.

Non intelligūtur inuecta, vt ibi permaneant.

Pecunia loco non circumscribitur.

3 Dices, ex ijs, quæ dicta sunt *tom.2. sub tit. Contractus III. de Cambijs II. disquis. 3.* § 10. in generali tacita hypotheca, quæ ex vi *Nouissim. Constitut. Mediol. lib.5. de offic., Abbatum, & Consulis Mercatorum §. eo amplius*, conceditur literis cambij, veniunt etiam nomina debitorum, ergo etiam in generali tacita hypotheca, quæ conceditur locatori quoad inuecta, extendenda est ad eadem nomina debitorum, cum eadem ratio videatur. Sed contra, quia tacita generalis hypotheca quoad inuecta in contractu locationis non est generalis absolutè quoad omnia bona conductoris, sed dumtaxat quoad inuecta, quinimmò nec absolutè quoad hæc, nisi ex genere suo sint talia, vt exigant ibi permanere, vel inuehantur eo animo, vt ibi permaneant durante tempore locationis; hypotheca autē quoad literas cambij est absoluta, indefinita, & vniuersalis, quæ proinde debet extendi ad quæcunque bona, seu iura realia debitoris, inter quæ computantur nomina debitorum eiusdem debitoris, nec valet argumentum de hypotheca in vno genere contractus ad aliud genus, quando non est eadem ratio concessionis, nec ex dispositione iuris, seu mente legislatoris æquè primò extenditur. Quamobrem optimè notat *Carocius de locat., & conduct. d.part.5. q.15.de inuectis n.31.* in hac materia locati, & conducti semper duo consideranda esse primò, an inuecta veniant in generali hypotheca *ad l.obligat.ff.de pignor.*, secundò, an fuerint inuecta perpetuo, hoc est, vt ibi permaneant pro toto tempore locationis.

Diuersa ratio de literis cambij, ac de inuectis in fundo cōducto.

---

§. XIV.

An inuecta per famulum in domum Domini sui sint tacitè obligata pro seruitij præstatione.

SVMMARIVM.

Exponitur ratio difficultatis proposita. 1.
Inuecta per famulum in domum domini sui non sunt tacitè obligata pro seruitij præstatione. 2.
Obiecta ex aduerso, eorumque solutio. 3.

DIsquisitio XIV. Cum ex superiùs dictis longè, latèque pateat inuecta, in domum conductam obligata tacitè remanere pro pensionibus eiusdem domus, contigit, vt famulus per Titium conductus ad sui, suæque domus famulatum, & obsequia præstanda inueheret in domum eiusdem Titij sua suppelectilia, aliaque bona secundum se pretiosa ad sui vsum, & vt ibi conseruaret. Non adimplente postea suum famulatum, & promissa obsequia personalia eodem famulo contendebat idem Titius Dominus in vim hypothecæ generalis tacitæ ex vi *l. certi iuris C. locati* sibi competere contendentis, seu præsumentis, eadem bona inuecta sibi adaptare. Quæritur iam quid iuris? & an possit eodem iure sibi eadem bona detinere, quo detinent alij locatores bona inuecta suorum cōductorum? 1

Respondeo absolute negatiuè *Baldus in l.certi iuris C.locati Negus.in tract.de pignor. in 4 membr.2.partis num.151., Menochius de adipis.possess.remed.3.num.145., Scodobius in auth. habita 3.pag.43., & in actuario lit. A. Carocius de loc., & conduct.part.5.sub tit. de inue-* 2

Famulus non est cõductor domus, sed potius locator suæ personæ.

inuectis qu.16.n.3. Ratio esse potest primò, quia huiusmodi hypotheca, & tacita obligatio ex dispositione iuris inducta est in fauorem locatoris, vt cautus sit quoad suas pensiones debitas ex contractu locationis aduersus conductorem, sed in data hypothesi ipse famulus non est conductor domus, sed potius locator suæ personæ ad famulatum Domini, ergo nec aduersus ipsum, nec aduersus eiusdem bona conceditur tacita, & generalis hypotheca *ex vi d.l.certi iuris C.locati.* Minor probatur, quia se obligando ad famulatum, & ad obsequia præstanda potius conducitur, & locat se ipsum, quam conducat, vt ex se patet iuxtà textum *in l.2. C.locati.*

Nonnisi per analogiam dominus & seruus dicuntur locator, & inquilinus.

8 Dices primò ex textu *in ead. l.2.C.locati*, quod Dominus respectu famuli videatur locator, *& ex l.4.ff.de vsu,& habit.*, ipse famulus dicitur inquilinus, ergo respectu famuli militant eædem rationes, & eadem iura, quæ militant respectu conductoris in ordine ad locatorem. Sed contra, quia tam dominus, quam famulus in ordine ad talem contractum nonnisi per quandam analogiam dicuntur locator, & inquilinus, verba autem legis sunt propriè interpretanda, non extendenda ad similitudines, & analogias *l. 1. §. si is, qui nauem ff. de exercit.* Quod autem illa iura procedant solummodò per quandam analogiam, & similitudinem euincitur ex glosa in eisdem textibus allegatis, & sic *glos.in d.l. 2.C.locati* asserit, quod Dominus non nisi ratione ædificij construendi per fabrum dicatur locator, cæterum conductor dicitur dominus ratione operæ, & faber locator ratione eiusdem operæ, cæterum in verborum processu semper famulum appellat locatorem, *vt in verbo solitis* asserit, *sed qui sic locauit operas*, & in addit. *Quando quis locauit operas suas ad faciendam totam domum.* Deindè *Glosa in d.l.4.ff.de vsu.,& habitat.* asserit inquilinum propriè non esse, qui mercedem non præstat. Deindè, quando etiam dominus diceretur locator, famulus inquilinus, non propterea iura præcipuè *d. l. certi iuris C. locati* haberent vim quoad eundem famulum, quandoquidem procedunt solummodò in conducente agrum, & domum, vt considerauit *Carocius loc. cit.*

Qui mercedẽ non præstat, domum non conducit.

Dices secundò, ex eo, quod famulus inhabitat in domo Domini, videtur in hac parte conductor eiusdem domus, ergo sub hac ratione bona ipsius inuecta videntur hypothecata. Sed contrà, quia in præcit. *l.4.ff.de vsu,& habit.* reprehenditur Labeo, qui inquilinum vocauit eum, qui recipitur ab vsuario gratis, subditque rationem ibi *Glosa in verbo, qui cum eo habitat.*, quia qui mercedem non præstat, domum non conduxit *l. si vir uxori ff.de donat. inter vir.,& vxor.*

Debitum ob famulatum nõ præstitũ non est debitum pro pensionibus.

Ratio esse potest secundò, quia ex superius dictis *sub hoc eod. tit. Contractus X. disquis.2.§.12.* locator non potest *ex vi l. certi iuris C. locati* res inuectas conductoris persolutis pensionibus ob debitum eiusdem cõductoris alio titulo, siue fuerit antecedens, siue subsequens detinere, ergo nec dominus poterit ex vi eiusdem iuris detinere res famuli sui ob famulatum, seu obsequia conuenta non præstita. Consequentia probatur, quia debitum ob famulatum non præstitum non est debitum ob pensiones non persolutas, vt ex se patet. Confirmatur, quia ius detinendi inuecta ob pensiones non persolutas est priuilegium à iure concessum respiciens indemnitatem locatoris, sed priuilegia, vtpotè stricti iuris non sunt extendenda vltrà id, ad quod expressè, & secundum propriam formalem rationem sunt concessa, ergo non sunt extendenda ad casum præsentis hypothesis, quandoquidem iura concedentia priuilegium respexerunt propriè locatorem quoad domum, & fundum conductum, & quoad pensiones, quæ non militant in hac hypothesi, secundum quam Dominus non est propriè locator, sed potius conductor, & ipse famulus conductus non soluit mercedem pro domo, vel fundo.

Priuilegia sunt stricti iuris.

---

§. XV.

An liceat meretrici locari domum?

S V M M A R I V M.

Status controuersiæ, & rationes circà ipsam dubitandi. 1.

Regularitèr loquendo potest dominus locare domum meretrici, etiamsi alteri locare commodè posset. 2.

Non licet locare domum meretrici, quando cognoscitur alibi honestiùs victura. 3.

Probabiliùs Domino non licet locare domum meretrici, quando ex vicinia personarum honestarum timetur eisdem scandalum passiuum. 4.

Disquisitio XV. Domum vacuam habebat Titius, quam intendebat locare ad congruas pensiones excipiendas. Concurrit ad eandem domum conducendam fœmina quædam lasciua, quam ipse Titius nouit esse meretricem malæ famæ. Quæritur, an licitè eidem locare potuerit. 1

Considerationes circà factum.

Hic multa veniunt consideranda, an cum eadem fœmina, vt supponitur malæ famæ, concurrerint ad conducendum aliæ personæ bonæ famæ, & honestatis; secundò, an, si tali meretrici denegetur locatio, prudentèr existimetur alibi honestiùs vi-

S ctura

ctura, nec ne. Tertiò considerandaest vicinia, an ibi degant personæ honestæ vitæ, quibus scandalum aliquod ingeri possit, an non. Quartò, an commoditas illius loci datura sit occasionem pluries peccandi, ac alius locus non ità opportunus, & his similia.

2 Respondeo primò, regularitèr loquendo posse licitè Titium locare domum meretrici, etiam si alteri locare commodè posset *Valentia tom.3.disput.5.qu.20.punct.vlt., & q.21.punct.4., Salonius in 2.2. D.Thomæ qu.77.art.4. controu.6. post quartam conclus. corrol. 3.* Probatur primò, quia Titius simplicitèr locando domum suam meretrici vtitur iure suo, nec peccat contra iustitiam, nec cooperatur malitiæ eiusdem, ergo regularitèr loquendo licitè hoc præstat. Antecedens quoad primam partem probatur, quia, cum sit dominus talis rei, potest pro libertate sua de illa disponere, & potius in fauorem vnius, quam alterius, vbi aliqua lex, seu conuentio non obsistit; sed in præsenti hypothesi nulla lex vetat, aut conuentio impedit, quominus domus meretrici possit locari, quandoquidem præsupponitur, quod huiusmodi mulieres a publica potestate in tali loco permittatur, ergo &c. quoad secundam partem etiam sic euincitur, quia in tali contractu locationis domus inito cum meretrice saluatur debita æqualitas dati ad acceptum, supponitur enim proportio pensionis per meretricem soluendæ ad vsum, quo gaudet; quoad tertiam tandem sic concluditur, quia locus secundum se non confert ad malitiam actus, quæ malitia potest esse siuè in vno, siuè in altero loco, cum abstrahat secundum se à quocunque loco determinato, ergo conferendo locum ad vsum simplicis habitationis propriè non cooperatur malitiæ inhabitantis.

Locus secundum se nō cōfert ad malitiam conductoris.

Dices, adhoc, vt quis dicatur cooperari malitiæ alterius, sufficit, quod cooperetur indirectè, vt videtur in eo, qui exhibet vinum ebrioso, quia scilicet absque rationabili causa omittit impedire proximi peccatum, & passiuum scandalum negando ei vinum, sicut poterat, sed locans domum meretrici cooperatur indirectè eius peccato omittendo impedire eius peccatum, quinimmò eidem præbendo occasionem per concessionem domus, ergo &c. Sed contra, quia dispar omninò est ratio de concedente vinum ebrioso, ac de concedente domum meretrici, quandoquidem attenta qualitate personæ vinum directè per se influit in ebrietatem, quæ certè præuideri proximè potuit ex eiusdem propensione; domus autem secundum se non influit, nec ex eo peccatores sumunt proximè occasionem peccandi; Deindè vinum est materia proxima ebrietatis, non sic locus materia fornicationis, vt per se patet. Quamobrem ad non præbendam peccati materiam tenetur quis, quando sine sui detrimento potest, non vero ad non locandam domum meretrici.

Vinū per se influit ad ebrietatem, nō sic locus ad meretricium.

Probatur secundò, quia locatio domus est secundum se nimis remota à peccato, nec officit, quod peccator ex sua prauitate ea vti possit ad vsum peccati, ergo eam locando locator non peccat. Antecedens ex se patet, quia cæteroqui nec liceret peccatoribus concedere alimenta, nec vestes, nec alia secundum se indifferentia, quandoquidem etiam illis peccator posset vti in ordine ad peccandum.

Locatio domus meretrici nimis remota est a peccato

Probatur tertiò, quia publica potestas potest licitè permittere meretrices in Ciuitate habitare, ergo etiam poterit quis licitè domum locare, vt in eadem habitet meretrix. Antecedens non vertitur in dubium. Consequentia probatur, quia eodem iure, & fine, quo publica potestas concedit easdem fœminas in Ciuitate inhabitare, potest etiam particularis concedere, vt in domo sua inhabitet; tàm enim potest in Ciuitate peccare, quam in particulari domo, cum domus particularis non influat ad tale peccatum.

Ius, quod permittit meretrices in vrbe manere permittit etiam habitare in domo.

Respondeo secundò, si prudentèr existimetur meretrix alibi honestiùs victura, ac in domo, quæ eidem conceditur ad vsum locationis, probabilius est, non posse licitè Dominum eidem talem domum locare. *Valentia tom.3 disp.5 q.21. de vsura punct.4. vers. dico 2.*, & hoc etiam, si amittendum esset lucrum habitationis, & domus vacua relinquenda. 3

Ratio esse potest, quia non licet etiam ad finem acquisitionis lucri alioqui liciti, & honesti alteri præbere occasionem proximam peccandi, sine qua rationabiliter præsumi potest non peccaturum, ergo neque etiam licebit locare domum meretrici, in qua ob circumstantiam proximè præuidetur peccatura, sine qua alibi honestiùs victura. Antecedens probatur, quia vnusquisq; tenetur vitare scandalum passiuum sui proximi in rebus tendentibus ad perniciem animæ, quantumuis ex illo consequeretur aliquod damnum temporale, seu cessatio lucri; quod sic euincitur, nam si quis peteret domum, seu vsum domus pro aliquo determinato tempore ad fornicādum, non liceret ei concedere, quantumuis ex tali non concessione non esset consecuturus illud lucrum, quod indè perciperet, si concederet, ergo etiam non erit licitum concedere ad locationem, si indè rationabilitèr præsumatur, quod conductor ex circunstantia loci sit peccaturus, cæteroqui non peccaturus, quantumuis ex illa non locatione priuandus sit lucro mercedis.

Præberet occasionē proximā peccandi.

Dices, quod meretrix sit peccatura ex cir-

circumstantia loci, cæteroqui non peccatura, prouenit ex ipsius prauitate, non ex locatione facta per Dominum, ergo eidem Domino non est imputanda malitia. Sed contra, quia quantumuis malitia formalitèr proueniat ex peruersitate eiusdem peccantis, occasionalitèr tamen prouenit etiam ex ipso locatore, qui, si commoditatem in concessione talis domus non præberet, vtique actio peccaminosa non consequeretur, cum alibi præsumatur rationabilitèr non peccatura, & licet diximus supra, quod locus non ità influat in peccatum, sicuti influit materia peccati, non propterea tollitur, quin, si ipse locus ex circunstantia moueat, seu commoditatem præbeat ad peccandum, si non physicè, saltem moralitèr, efficiat malitiam imputari concedenti talem locum.

Occasionalitèr malitia prouenit ab ipso locatore.

Locus ex circumstantia mouet.

4 Respondeo tertiò, probabilius est, non licere domino locare domum suam meretrici, quando ex vicinia personarum honestarum timetur eisdem scandalum passiuum. Consentiunt in hanc responsionem *Valentia loc. cit.*, & alij magis communitèr. Ratio autem ea esse potest, quia ex motiuo lucri temporalis, seu pecuniarij non licet alijs scandalum passiuum ingerere per ea, quæ superius dicta sunt, ergo nec quando in vicinia personarum honestarum iustè timetur de earundem scandalo; vndè per iura statutum est, & præcipuè *in §. sancimus auth. de lenon.*, quod facta denuntiatione huiusmodi personæ inhonestæ possit ab illa vicinia expelli.

Dices ex superiùs dictis, locus ille non influit in malitiam, & ex alia parte dominus potest pro suo libito de sua domo disponere, ergo &c. Sed contra, licet locus secundum se non influat in scandalum, persona tamen ibi inuecta ratione viciniæ cum alijs personis honestis influit propriè in scandalum, & aliorum præuaricationem, vndè licet dominus possit de illa domo disponere, non tamen cum detrimento, seu periculo præuaricationis alienæ; & licet non influat formalitèr, influit tamen occasionalitèr, vt supra.

Non licet domino disponere de re sua cum periculo præuaricationis.

Ex quibus omnibus fas erit deducere, quod, si commoditas illius domus latura sit opportunitatem pluries peccandi, ac sit meritrix alibi habitura, non liceret eam domum meretrici locare, propter rationes superiùs adductas; nam non minus illicitum est concurrere concedendo domum simpliciter ad peccatum, ac concurrere ad idem magis multiplicatum, quandoquidem multiplicatio est in eodem genere peccati, & non minus est peccatum intrà eandem speciem primum, ac secundum, & tertium.

§. XVI.

An licitum sit maius pretium exigere ex eo, quod domus locetur meretrici, ac exigeretur, si fieret locatio alteri personæ secundum consuetudinem.

SVMMARIVM.

Facti series explicatur. 1.

Opinio Nauarri negantis posse maius pretium exigere. 2.

Potest locator iustè exigere maius pretium ex eo, quod locet rem suam meretrici. 3.

Respondetur rationibus per Nauarrum adductis. 4.

Disquisitio XVI. Consueuerat Titius domum suam locare triginta argenteis in singulos annos. Finita locatione vltima concurrit ad conducendum quædam fœmina malæ famæ, & in ciuitate peccatrix, cui Titius non recusauit concedere, sed ratione status, & prauæ qualitatis eiusdem fœminæ exegit plus consueto pensionis puta quadraginta argenteos. Hic orta fuit controuersia, an potuerit Titius illum excessum ratione talis status fœminæ conductricis exigere.

Negatiuè respondet Nauarrus *in summa c. 17. nu. 195. §. respondimus* ea motus ratione, quia nō est assignabilis titulus, ob quem locator possit illum excessum exigere, nisi quia illa persona, cui locat, est turpis, sicque videtur exigere lucrum ex turpitudine peccati, quod est iniquum. Antecedens autem probat, quia non est assignabilis titulus locationis, quandoquidem, cum hæc sit actus iustitiæ commutatiuæ, seruare debet æqualitatem inter datum, & acceptum, & locatio quoad illam rem adæquatur per longè minus pretium; non titulus donationis, quia vbi agitur de interesse, & de contractibus onerosis non præsumitur, nisi exprimatur, & vbi est conuentio ex vtraque parte obligatoria, non apparet ratio gratuitæ largitionis. Nihilominus 2

Exigeret lucrū ex turpitudine peccati.

Respondeo, non improbandum esse locatorem, si exigat maius pretium consueto ex eo, quod locet rem suam meretrici. Consentit in hanc nostram responsionem *Diana part. 5. tract. 6. resol. 26. §. nota tamen.* Ratio ex eo deducitur, quia talis locatio cum illo maiori excessu non est improba, nec ratione locationis, nec ratione exactionis illius excessus, ergo &c. Antecedens quoad primam partem patet ex superiùs dictis, secundum quæ non imputatur ad culpam locare domum meretrici, nisi 3

ex aliqua alia circumstantia deprauante consurgat prauitas, prout præter citatos Doctores docent *Salas in part. 2. tom. 2. tract. 13. disput. 5. sect. 15. num. 133., Siluius 2. 2. D. Thomæ qu. 77. art. 4. quæritur primo concl. 5., Sanchez in summa tom. 1. lib. 1. c. 7. n. 20., Azorius instit. mor. tom. 2. lib. 12. c. 18. qu. 3., Vasquez opusc. de scandalo qu. 43. art. 8. dub. 5. n. 48., Rebellus lib. 14. q. 17. n. 8., Salonius in 2. 2. D. Thomæ q. 77. art. 4. controuer. 6. post 4. concl. corrol. 3.*, quia hoc non est concurrere ad turpitudinem; Quoad secundam autem sic euincitur, quia ex illa locatione facta meretrici domus ipsa secundum communem hominum æstimationem deterioratur in valore morali quoad vsum ergo ratione illius deteriorationis, quæ consequitur locatori, poterit idem locator titulo quodamodo compensationis sine labe iustitiæ illum excessum exigere. Antecedens probatur, quia ex habitatione meretricis domus ipsa vilescit, & difficilius à personis honestis conducetur, cum ob illam inhabitationem fœminæ inhonestæ turpis reputetur, & ex communi consensu honestas præferatur cuicumque lucro, & regulariter personæ integræ famæ, & honoris potius patiuntur damna in bonis fortunæ, quam sinere, vt propriæ domus inhonestis personis deturpentur.

Deterioratur domus in valore morali.

4 Ad id, quod ex Nauarro opponebatur, dicendum est, titulum exactionis illius excessus esse locationem, non simpliciter secundum se, sed attentis cum eadem qualitatibus illius personæ, quæ secundum moralem æstimationem deteriorem reddit eandem iuxta mox allegata; neque absolutè verum est, quod talis excessus exigatur ob turpitudinem, sed ex locatione, quia sicuti locare domum, & recipere pretium locationis, etiamsi pretium ex turpitudine fuerit acquisitum, non est secundum se iniquum, ita neque iniquum est recipere maius pretium in locatione domus, quando ex eadem deterioratio secundum moralem æstimationem consequitur, quantumuis ille excessus ex turpitudine mulieris inhabitantis acquiratur, quia, sicuti illa locatio est secundum se meritoria propriæ mercedis, ita est meritoria compensationis illa moralis deterioratio.

Fit satis rationibus per Nauarrũ adductis.

---

§. XVII.

An creditor possit locare pignus, seu rem hypothecam.

SVMMARIVM.

Factum, & articuli circa ipsum examinãdi. 1.
Considerabilia aliqua circa dubium. 2.
Pignus, si fuerit locabile, nec ex locatione deteriorabile, vtiq; potest per creditorem locari. 3.
Pignus illud non solum potest locari extraneo, sed etiam per conductorem ipsi oppignoranti. 4.
Non potest creditor pignus locare, si ex locatione sit deteriorabile, & nõ solitũ locari. 5.
Si res sit locabilis, & solita locari creditor non locans tenetur compensare fructus non perceptos. 6.
Pensio, quæ per creditorem exigeretur ex locatione pignoris, est computanda in sortẽ. 7.
Creditor ex mutuo, cui domus mutuatarij data est in vim pignoris, & hypothecæ, si eandem inhabitauerit, tenetur computare pensionem in sortem ad valorem domus inhabitata, si commodè potuisset ad talem valorem alijs locare, ad valorem tantum, quem ipse expensurus fuit in conductione alterius domus, si commodè pro primo pretio non potuisset alijs locare. 8.

1 Disquisitio XVII. Mutuauerat Petrus Antonio centum nummos aureos, ob quos receperat in pignus, seu hypothecam rem quandam pretiosam æquiualentis, seu maioris valoris, & æstimationis. Quæritur iam primò, an creditor possit eandem rem, quam accepit in pignus, locare alteri. Secundò, an ipse debitori. Tertiò, an merces, quæ ex tali locatione pignoris, vel rei hypothecatæ creditor exigit, seu recipit, sit computanda in sortem rei mutuatæ.

2 Pro solutione aduerte primò, an res illa pignorata, seu hypothecata fuerit secundum se locabilis, nec ne. Secundò, an ex locatione sit deteriorabilis, nec ne. Tertiò, an fuerit solita locari per Dominum, nec ne. Quibus suppositis

Considerationes circà factum.

3 Respondeo primò, si res illa data in vim pignoris, seu hypothecæ fuerit locabilis, nec ex locatione deteriorabilis, vtique per creditorem potest locari *Acursius in suis glos. præcipuè in l. creditor ff. de pign.* Colligitur ex textu in ead. *l. creditor, & in l. non intelligitur §. fin. ff. de iur. fis.* Ratio autem ea est, quia per talem locationem nullam infert iniuriam domino, & habet quidquid requiritur ad posse locare, ergo non est, cur non possit &c. Antecedens probatur, quia per talem locationem nulla supponitur fieri deterioratio in re locata, quinimmò, vt notat idem *Acursius loc. cit.*, si fuerint prædia per culturam potius meliorãtur, quam deteriorentur; ex alio capite iustè creditor fruitur possessione rei sibi concessæ in vim pignoris, seu hypothecæ, ergo &c.

Nulla infertur iniuria domino.

4 Respondeo secundò, res illa data in vim pignoris, & hypothecæ non solum locari potest extraneo, sed etiam per creditorem ipsi oppignoranti, seu concedenti in vim pignoris, seu hypothecæ, & quidem ratione

ne possessionis, non verò dominij *Glosa*, & *Bartolus in l. cum, & sortis §. fin. ff. de pignor. act.*, *Castrensis in l. qui pignoris ff. de acquir. possess.*, *Alexander in l. si rem alienam n. 3. ff. eod.*, *Neguf. de pignor. in 3. memb. 1. partis sub num. 31.* Ratio autem huius responsionis ex eo deducitur, quia creditor potest locare extraneo, ergo etiam ipsi domino. Consequentia probatur, quia non minus dominus est capax vsus rei propriæ, quo antecedentèr ex vi pignoris, & hypothecæ non gaudebat, ac quælibet alia persona, ergo non minus illam rem propriam potest conducere, ac quilibet alius, in qua hypothesi vsum habebit à creditore, non ex vi rei propriæ.

Non habet ius, nec ex expressa, nec ex tacita concessione domini.

5 Respondeo tertiò, si res illa sit per locationem ex genere suo deteriorabilis, & non solita locari, non videtur posse creditor eandem alteri locare. Ratio est, quia facultas locandi in data hypothesi, nec videtur, nec tacitè, nec expressè concessa eidem creditori; non expressè, quia de hoc nulla supponitur facta conuentio; non tacitè, quia ex quo non est solita locari, & ex locatione consequeretur læsio, seu detrimentum in re illa, non præsumitur Dominus consentiri, nec ex mutuo præcedenter facto per ipsum creditorem acquirit hic ius locandi, cum solum ius acquisierit, vt res mutuata pro tempore conuento sibi restituatur, in cuius securitatem pignus, seu hypothecam recepit.

Concessa supponitur cum onere, vt locetur.

6 Hic oritur difficultas, an si res concessa in vim pignoris, seu hypothecæ sit locabilis, nec deteriorabilis, & solita secundum se locari, nec tamen, cum potuerit, creditor locarit, sit ei computandum in sortem, quod non locarit. Affirmatiuè respondet *Petr. Rom. decis. 31. limit. 5. nu. 398. ex l. sed si quid §. si vestimentorum ff. de vsufruct.*, & *l. vel vniuersorum ff. de pign. act.* cui consentit *Caroc. de loc., & conduct. part. 2. sub tit. de creditore q. 1. n. 4.*, quibus adhæreo ex qualitate præcisè, quod res illa fuerit solita locari; tunc etenim, ex quo concessa est, videtur concessa cum tacita conditione, & onere, vt locetur.

Exigeret fructus ex mutuo, seu ex re non sua.

7 Respondeo tertiò, pensio, quæ per creditorem exigetur ex locatione rei sibi concessæ in vim pignoris, seu hypothecæ est computanda in sortem *Carocius loc. cit.*, & *q. 2. n. 3. 4.*, & *seqq.* Ratio primò ex eo deducitur; quia creditor non potest illos fructus facere suos salua substantia suæ sortis, ergo tenetur illos in sortem computare. Antecedens probatur, quia ex mutuo, qua mutuum est, non potest aliquid pretio æstimabile exigere supra sortem, sed, si fructus illos faceret suos salua substantia sortis, aliquid pretio æstimabile acquireret suprà sortem, ex sola temporis dilatione, nempè illas pensiones, quæ singulis annis per conductorem sibi persoluerentur, ergo &c.

Ratio esse potest, quia creditor ex mutuo habitando domum sui mutuatarij tenetur congruas pensiones pro illa inhabitatione computare in sortem mutui, quia creditor habitando dicitur fructus percipere *l. si is, qui §. primo*, & *ibi Bartolus ff. de pignor.*, *Speculator instit. de pignor. vers. quid si obligasti*, *Alexander cons. 141. num. 7. lib. 5.*, *Neguf. de pignor. part. 6. membr. 3. nu. 7.*, *Ioannes Lupus in tract. de vsuris in comment. ad c. nauiganti §. 6. n. 135.*, quod non alia ratione dictum existimo, nisi quia acquireret ex mutuo aliquid pretio æstimabile suprà sortem, ergo etiam creditor ex mutuo locando domum sui mutuatarij sibi datam in vim pignoris, seu hypothecæ, tenetur pensiones ex illa perceptas in sortem mutui computare.

Dubium excitatū ex precedentibus.

Hic obiter inquires, an si creditor ex mutuo, cui domus mutuatarij data est in vim pignoris, & hypothecæ eandem inhabitauerit teneatur pensiones ad valorem domus inhabitatæ computare in sortem, an verò ad valorem illarum pensionum, quas ipse expensurus fuisset in conductione alterius domus sibi, suisque congruæ, *Speculator in dict. tit. de pignor. vers. quid si obligasti*, cum omnibus Doctoribus cit. in secunda ratione præcedenti sustinent debere tantum computare pensiones ad eam rationem, & quantitatem, quam creditor expendisset in conductione alterius domus sibi congruæ, si eam non habitasset, cui tanquam veriori sententiæ adhæret *Carocius loc. cit.*, *Firmianus in suo repertorio in verb. habitatio propè finem sub nu. 40.*, *Antonius Butr. in cap. cum contra de pignor.*, distinguit, aut debitor pignorauit simplicitèr, & tunc creditor tenetur ad pensionem, quæ communitèr percipi a quocunque potuisset, aut pignorauit cum pacto, vt ibi creditor habitare posset, & tunc tenetur ad pensionem, quam ipse debitor percepisset. Alia distinctione vtendum existimo, vel enim creditor locare potuit commodè domum iuxtà valorem, & æstimationem eiusdem domus, vel secundum talem valorem locare non potuit. Iuxtà primum sensum, affero, quod teneatur computare in sortem pensiones ad valorem eiusdem domus, quem exigisset, si alijs locasset, & in hoc sensu locutos existimo Antonium Butriū supra allegatum, Asinium *de execut. § 7. c. 123. nu. 3.* Iuxtà secundum, affero, quod non teneatur soluere pensiones, vel computare, nisi ad eum valorem, & quantitatem, quam ipse esset soluturus in conductione alterius domus, atque in hoc sensu locutos censeo Speculatorem, aliosque Doctores supra allegatos. Ratio primæ partis ex eo desumitur, quod supra diximus, quod creditor non locans rem sibi

Opinio Speculatoris, & Carocij volentiū teneri ad valorem alterius domus, quam cōducturus fuisset.

Opinio Antonij Butrij distinguentis.

sibi

tibi pignoratam solitam locari, cum commodè posset, tenetur imputare pensiones congruas in sortem, prout concedit idem *Carocius loc.cit.*, & refert Rot.Rom.decis.31. *limit.5.n.398.ex l.sed si quid §. si vestimentorum ff.de vsufruct.*, *& l. vel vniuersorum*, *ff. de pigno.act.*, ergo creditor non locans rem sibi concessam in vim pignoris, & hypothecæ ad eas pensiones, quas exigit valor eiusdem domus, cum posset ad eas locare, tenebitur eiusdem pensiones, quas potuisset exigere, computare in sortem. Consequentia probatur, quia ita se habet totum ad totum, sicuti pars ad partem *l.quæ de toto ff.de rei vendic.*, quod certè valet, quotiescumque aliud non reperitur à iure dispositum aliud in parte, & aliud in toto *Minsinger.in §.nihil autem instit.de fideicom. hæred.*

Argumẽtũ ad hominem deductũ à concessis per Carocium.

Confirmatur, quia creditor, si non fuisset conducturus aliam domum, quia habebat propriam, sed inhabitauit illam debitoris, quia nobilior, pulchrior, vel fortè delectabilior, tenetur ad pensiones illius domus inhabitatæ per se computandas in sortem, vt fatetur idem *Carocius loc.cit.nu.*10. *vers. contrarium videtur*, ergo quantumuis fuisset aliam conducturus minoris pretij, seu pensionis, nihilominus, si inhabitauit domum debitoris maioris valoris, quam etiam potuisset pluris locare, tenebitur ad certas illas pensiones, quas percipere potuisset, si alijs locasset. Consequentia probatur, quia ita se habet propria domus comparatiuè ad illam debitoris pulchriorem, & delectabiliorem, ac alia per eundem conducibilis minoris pensionis ad eandem debitoris maioris valoris, ergo, si omittendo propriam inhabitare, vt illam pulchriorem debitoris inhabitet, tenetur ad illius pensiones, etiam omittendo aliam conducere minoris valoris, vt illam debitoris inhabitet, quia est maioris pensionis, tenebitur ad eandem maiorem pensionem, quandoquidem attendendum est ad id, quo res potest locari, & interest domino, vt locetur, non ad id, quod interest creditori, cæteroqui non locando, cum posset locare, eximeretur ab onere solutionis pensionis contrà superius dicta. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia creditor non tenetur ad pensiones vltrà id, quod potest, ex domo sibi tradita in vim pignoris, & hypothecæ exigere, & sicuti, si alijs locaret minori pretio, ac res ipsa secundum se exigat, cum maius non inueniret, non teneretur, nisi ad id, quod exigit, non ad id, quod res posset exigere, ita, si ipse inhabitaret ad rationem illius pensionis, quam posset ab alio, si eidem locaret, exigere, non teneretur, nisi ad illam, cum aliam maiorem non posset adinuenire; non enim ipse cum suo detrimento tenetur meliorem facere conditionem sui debitoris.

Nõ tenetur, nisi ad id, quod exigit, nõ ad id, quod potest exigere.

§. XVIII.

An sint computandæ in sortem pensiones ex equo, vel boue pignorato.

SVMMARIVM.

In quo sita sit difficultas exponitur. 1.
Hospes iustè potest exigere, vt pensiones computantur in sortem ad extenuandum debitum. 2.
Detrahendi tamen sunt sumptus, quos facturus fuisset hospes in manutentione equi. 3.
Si equus deterioratur ex illis locationibus factis per cauponem non tenetur idem caupo ad æstimationem, & deteriorationem. 4.

1 Disquisitio XVIII. Hospes quidam ad sua negotia peragenda Mediolanum accesserat, seque in Cauponam receperat, vbi multa debita tum ob victus, tum ob alia cum tabellario contraxerat. Expeditis negotijs Mediolano recessurus, cum non haberet, quo solueret tabellario, reliquit eidem suum equum, qui pluries eundem equum ad vecturam locauit, & ex illa locatione congruas pensiones excepit. Post multum temporis hospes ad cauponam accessit proprium equum redempturus, sed contendebat debitum iam solutum ob pensiones pluries exactas equi per cauponem locati. Quæritur iam, an hospes iustè possit allegare solutionem proprij debiti per illas reiteratas vecturas, & receptiones congruarum pensionum.

Explicatur titulus in casu particulari.

2 Respondeo, vtique hospitem iustè posse excipere quoad illam receptionem pensionum, & exigere, vt computentur in sortem ad extenuandum debitum *Baldus per textum in l. cum pignoris C. de part. pign.*, *Marc. Man.singul.* 230. *fuit alias*, *Alexander in l.si seruos ff.de pignor.act.*, *Negusant.de pignor. in 3.membr.7.part.n.17.*, *Carocius de locat.*, *& conduct. part.2.sub tit. de creditore qu.3.num.*1. Ratio ex eo deduci potest, quia creditor non potest ex dilatione præcisè temporis aliquid exigere supra sortem, sed in data hypothesi, si non teneretur pensiones computare in sortem sui crediti, ex dilatione temporis præcisè exigeret easdem ex equo debitoris locato supra sortem, ergo &c.

Exigeret ob temporis dilationem

Dices primò, hospes vtitur pecunia debita cauponæ ad suos vsus, seu non grauatur ad illam restituendam, cum deberet restituere, ergo etiam caupo poterit vti equo pignorato, vt fiat compensatio vtilitatis cum vtilitate, seu vsus pro vsu. Sed contra, quia ex vtilitate, quam consequitur debitor ob non immediatè positam solutionem

non

Ex vtilitate, quã habet hospes in dilatione solutionis non cósequitur aliquid ius in caupona aliquid exigendi.

non consequitur aliquod ius in creditore aliquid exigendi pro illa vtilitate, sicuti ex vtilitate, quæ consurgit in mutuatario ratione mutui præcisè non oritur aliquod ius in mutuante exigendi aliquid supra sortem, vt fusè alibi docuimus, & est in confesso apud omnes. Requiritur igitur alius titulus ad exigendum aliquid ex dilatione temporis ad soluendum, qui sit secundum se meritorius illius lucri, eo quod ipse creditor ex illa damnum aliquod patiatur, sine quo &c.

Dices secundò, Cauponem posse illas pensiones facere suas ratione lucri cessantis, quandoquidem ex eo, quod sit negotiator promptas supponitur habere occasiones lucrandi ex illa pecunia sibi debita, si sibi foret soluta. Sed contra, quia in primis ad exigendam compensationem lucri cessantis requiritur, quod facta fuerit conuentio de illa per ea, quæ docui *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris prænot. 13. n. 3.* iuxtà mentem *D. Thomæ q. 13. de malo art. 4. ad decimumquartum, Nauarri in comment. de vsuris 14. qu. 5. n. 46.*, quæ, si verificantur in ordine ad damnum emergens, non video, cur verificari nequeant in ordine ad lucrum cessans. Deinde regulariter inter huiusmodi creditores, & debitores assignato pignore non requiritur compensatio huiusmodi lucri cessantis, cum huiusmodi debita computentur inter manualia.

3 Hic tamen aduerte, quod ad extenuandum debitum hospitis ratione vecturarum factarum in proprio equo detrahendi sint sumptus, quos ipse hospes facturus fuisset in manutentione eiusdem equi, prout congruè notarunt *Baldus, Alexander, Negusant. loc. cit.*, nec certè sine ratione; quandoquidem similes sumptus facturus fuisset ipsemet hospes in ordine ad manutentionem eiusdem equi, nec caupo suis sumptibus debet eundem manutenere. Hoc expressè habetur *in l. cum pignoris C. de parc. pign.*, & sic practicando primò detrahuntur sumptus, & expensæ factæ, post vecturæ, vel operæ *Alber. in l. 1. C. de pact. pignor. per l. in rebus §. possunt ff. commodati, Alexander conf. 55. conf. 108. in fin. lib. 1., Petrus de Vbaldis de duobus fratribus part. 5. sub num. 12. vers. circa tertium, Alciatus reg. 1. præsumpt. 50. n. 2., Crauetta conf. 116. num. 2.*

4 Hic suboritur difficultas, an, si caupo ex eo, quod locauerit ad vecturas equum sibi pignoratum reddat deterioratum, teneatur ad æstimationem, & deteriorationem. Affirmatiuè videtur respondere *Brun. de diminut. concl. 10. fallent. 12., Borgn. decis. 23. nu 27. part. 1.* Sed contrarium existimo, quia, ex quo illa deterioratio prouenit ex natura ipsa locationis, nempè ex vsu equi, qui naturalitèr ex vecturis deterioratur, imputanda est domino, cui cedunt pensiones ex supra dictis, qui propterea, sicuti gaudet emolumento prouenìente ex vectura, ità subesse debet damno, quod naturalitèr ex illa prouenit.

Deterioratio oritur ex ipsa natura locationis, & ex vsu equi.

---

§. XIX.

An creditor immissus in possessionem ex primo decreto possit, & teneatur colere fundum.

SVMMARIVM.

Disquisitio XIX. Creditor erat Caius aduersus Franciscum de mille nummis aureis, cumque egisset in iudicio Caius aduersus eundem ex primo decreto immissus est in possessionem determinati fundi; cumque contenderetur, quod debitor per primum decretum possessionem non amiserit, sed adhuc retineat, orta fuit quæstio, an ad creditorem spectaret fundum illum colere, an verò ad debitorem? & quidem, quod debitor possessionem non amiserit, deducebatur ex textu *l. si finita §. si quis autem ff. de damno infect.* 1

Facti series in suis terminis.

Secundùm varias inspectiones dirimenda est quæstio; & primò inspiciendum est, an fuerit immissus ex primo decreto ratione præcedentis crediti puri, & liquidi, an verò in Saluiano, quod quodamodò est

loco

Nõnullæ conside-rationes circà titulum. loco satisdationis. Secundò inspiciendum est, an creditor, qui dicitur immissus ex primo decreto, fuerit creditor ex contractu, an verò creditor ex vltima voluntate. Tertiò inspiciendum erit facultatiuè, an immissus possit colere agros etiam in concursu debitoris, an verò onerosè, quatenus teneatur eosdem colere, fructus percipere, & seruare, adeo vt, si ex sua incuria non coluerit, ex sua culpa fructus non perceperit, ad eorum compensationem teneatur. Quibus positis.

3 Respondeo primo: Si Caius creditor fuerit immissus in possessionem ex primo decreto ratione præcedentis crediti puri, & liquidi, pôtest, & debet colere facere fundum, vel locare, fructus percipere. Ità expressè *Carocius de locat., & conduct. part. 2. sub tit. de creditore qu. 5. num. 6.* Colligitur ex textu *in l. in venditione §. 1. ff. de bon. auct. Iud.*, vbi sic legitur *Si quis fructus ex prædio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem prædij missus est, vendere, vel locare debet*, vbi nota illam particulam *debet*, quæ necessitatem importat *l. prætor ait: in princip. ff. de edend. l. 1. §. 1., & ibi Iason nu. 6. ff. quod quisq. iur.* Neque obesse potest textus *in l. si finita §. si quis autem ff. de damn. infect.*, vbi dicitur, quod, si quis missus in possessionem nondum possidere iussus fit, non possit compellere dominum à possessione recedere, ergo nec vendere, nec locare poterit; Non, inquam, obesse potest, quia allegatus textus, vt ex verbis ipsis sonat, procedit dumtaxat; quando creditor habito primo decreto nondum possidere iussus sit, quod non militat in præsenti hypothesi, secundum quam verè supponitur creditor ex tali decreto immissus in possessionem, licet non cum pleno iure, quod præcipuè verificatur ex eo, quod creditum præcedens præsumatur purum, & liquidum, quod aliter se haberet, si non esset tale, & ratio ex eo desumitur, quia stante tali debito puro, & liquido est quasi radicatum principium futuri irreuocabilis dominij, prout notauit *Carocius loc. cit. n. 11.*, quod virtualitèr æquiualet secundo decreto, quandoquidem hoc videtur requiri ad magis cognoscendum ius creditoris, & liquidandum eius creditum, quæ ratio cessat, quando creditum præcedens liquidum est, & purum, vt in præsenti hypothesi.

Ex antedicto debito puro, & liquido est quasi radicatū principiū futuri irreuocabilis dominij.

4 Respondeo secundò, si creditor fuerit ex primo decreto immissus in possessionem ex Saluiano loco satisfactionis nec potest, nec debet locare, nec colere, sed locatio, & cultura pertinet ad debitorem *Carocius loc. cit. nu. 11.* Quoad hanc responsionem vim habet non modicam textus *in dicta l. si finita §. si quis autem ff. de damn. infecto*, vbi glosa explicans verba eiusdem textus habet, quod si quis missus in possessionem ex primo decreto, & nondum possidère iussus sit per secundum decretum non possit compellere &c., vndè refert idem *Carocius loc. cit. n. 13.* se vidisse in facto immissum in possessionem ex primo decreto intimasse præceptum tertio possessori ne ingrederetur, quia volebat fructus seminatos colligere, qua in hypothesi fuit dictum præceptum subsistere in immisso ratione puri crediti, secus alias; per quod non solum probatur præsens responsio, sed etiam corroboratur præcedens. Ratio autem huius responsionis ex eo præcipuè deducitur, quod dicitur *in eodem §. si quis autem ff. de damn. infect.*, nempè debitorem ex illo primo decreto non priuari possessione rei, cum non sit firmatum ius creditoris.

Debitor ex illo primo decreto non priuatur possessione.

Respondeo tertiò, ea, quæ dicta sunt in prima respõsione, verificantur potissimum in creditore ex contractu immisso in possessionem, non sic autem in creditore ex vltima voluntate ex titulo, vt in possessionem legatam. Colligitur *ex l. is cui §. legatorum ff. vt in possess. legat.*, vbi facta suppositione, quod quis, Caius v. gr. instituerit hæredem, & Caio legata reliquerit, vel fideicommissa, dicitur, quod, si legatarius, vel fideicommissarius petierit sibi caueri cum satis datione per hæredem de legatis, seu fideicommissis sibi soluendis, & hæres non cauerit, ex quo legatarius missus est in possessionem rerum hæreditariarum, absolutè dicitur, quod legatarius *non incipiat haberi pro domino, nec tàm possessio rerum ei, quàm custodia datur. Neque enim expellendi hæredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, vt saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat hæredi cautionem*, vbi glosa elegantèr aduertit, quod semper diuersa est possessio hæredis à possessione legatarij, seu fideicommissarij, quia *hæres verè possidet, legatarius tantum custodit*, nisi eidem legatario detur in solutum, quod dicitur esse secundum decretum, tunc enim fit dominus *l. 2. in fin. ff. si ex nox. caus. agatur*, vndè ad rem nostram in ead. *l. is cui §. legatorum, ff. vt in possess. leg.* optimè subditur, *Et ratio quidem est hæredem cogere agros, & fructus colligere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab hærede consumentur.* Hoc idem, quod dicitur in hoc textu habetur etiam *in d. l. si finita §. si quis autem, ff. de damn. infect.*, vbi habetur. *Dominum de possessione non decedere, sicuti ne cum creditores, vel legatarij mittuntur in possessionem.*

Iura, quibus innititur responsio.

Hæres possidet, legatarius custodit.

Respondeo quartò. In hypothesi, qua creditor ex contractu immissus in possessionem ratione præcedentis crediti puri, & liquidi potest agros locare, & fructus colligere iuxtà superius dicta, nec tamen locat, cum potest, nec fructus colligit, debet sibi imputare, & eosdem in sortem computare *Glosa, Bartolus, & alij in l. 1 § 1. ff. de*

ff. de bon. aut. Iud. pos., *Negusantius de pign. in 5. membr. 5. part. num. 6.*, & ratio ex eo deducitur, quia ex eo, quod percipere potuit, & non percepit, dicitur teneri actione ex dolo *l. dolus ff. mandati*.

Dubia proposita circa præcedentèr dicta.

Hic pro complemento eorum, quæ in hoc paragrapho inquiruntur, multæ suboriuntur difficultates, & primò, an creditor ex contractu ratione præcedentis crediti liquidi, & puri immissus in possessionem possit rem illam locare, quantumuis præcedentèr per debitorem res illa fuerit locata. Secundò ad quodnam tempus talis creditor possit locare. Tertiò, an si plures ex eadem causa fuerint in possessionem immissi, possent omnes simul locare, & quid in eorum discrepantia. Quartò quomodo intelligendus sit textus *in l. in vendit. §. 1. ff. de bon. aut. Iud.*, dum asserit posse creditorem vendere, & locare, nam intelligitur dumtaxat acquisita possessio, non ius plenum.

7 Ad primum absolutè asserendum est, non posse creditorem sic immissum locare, sed teneri stare colono conducto per debitorem *Alexand. cons. 218. nu. 8. lib. 5.*, *Hieron. Magon. Rot. Lucan. quæst. 7. num. 8.*, *Iacob. Rimin. cons. 664. vol. 4.* Expressè colligitur *ex d. l. in venditione §. 1. ff. de bon.*, vbi sic legitur, *sed hoc ità demum, si non ante venierat, neque locatus, erat; nam si iam à debitore, vel locatus erat, vel venierat, Prætor venditionem, & locationem seruabit à debitore factam*, quod etiam procedit, quantumuis locatio facta sit pro minori pretio, nisi hoc factum fuerit in fraudem creditorum, hocque ad eo verum est, vt teneatur stare colono, quod non possit, etiam si velit, locationem illam antecedentèr factam per debitorem rescindere ex vi *l. 2. C. de rescind. vendit.*, vt videtur optimè adnotasse *Glosa in d. l. in vendit. §. 2. in verb. minoris*, & *Aries Pinellus in l. 2. part. 1. cap. 3. sub num. 35. C. de rescind. vendit.*

8 Ad secundum dicendum est, creditorem immissum in possessionem ex primo decreto non posse locare ad longum tempus, sed dumtaxat ad modicum *Baldus in auth. ei, qui num. 62. C. de bon. auth. Iud. pos.*, *Iason cons. 24. n. 1. vol. 1.* Ratio ex eo potest deduci, quia locatio ad longum tempus sapit naturam alienationis per ea, quæ alibi dicta sunt, creditor autem immissus ex primo decreto nec vendere, nec alienare potest *Carocius loc. cit. n. 14.*

Locatio ad longũ tempus sapit naturam alienationis.

Quale autem, & quantum possit esse tempus, ad quod creditor immissus in possessionem possit locare, remittitur arbitrio creditorum, dummodo non excedat tempus ad locationem requisitum. Vt habetur *ex d. l. in venditione §. si quis fructus ff. de bon. aut. Iud.*, vbi sic legitur. *De tempore locationis nihil Prætor locutus est, & ideò liberum arbitrium creditoribus datum videtur quanto tempore locent.*

Ad tertium dicendum est, quod, si omnes immissi in possessionem ex primo decreto conueniant ad locandum tertiæ personæ, tunc per omnes fiat locatio; si verò fuerint discordes, tunc eligendus est per Iudicem cognita causa, qui locare debeat. 9

Iudex dirimit cõtrouersiã.

Colligitur expressè *ex d. l. in venditione, §. si quis fructus ff. de bon. aut. Iud. in verb. si vnus*, - ibi - *si verò non conuenit, tunc dicendum est, Prætorem causa cognita eligere debere quis locet, vel vendat.*

Nomine venditionis non venit trãslatio substãtiæ, sed facultatis ad fructus.

Ad quartum dicendum est, quod, quamuis per immissionem in possessionem ex primo decreto competat solummodò creditori possessio, nihilominus dicatur posse locare, & vendere non accepto in rigore nomine venditionis pro alienatione secundum plenum ius, sed accepta venditione pro iure percipiendi fructus ad tot annos pro certa mercede, qua ratione est similis locationi; atque iuxtà hunc sensum explicat textum *Carocius loc. cit. num. 18.*

---

§. XX.

An, si creditor immissus ex primo decreto habitet domum, computare teneatur pensionem.

SVMMARIVM.

Exponitur status difficultatis. 1.
Opinio Negusantij, eiusque fundamenta. 2.
Creditor immissus in possessionem domus ex primo decreto habitans domum debitoris cum illo, si aliam domum non habuerit, vbi posset habitare, vtique tenetur fructus habitationis computare in sortem. 3.
Creditor immissus ex primo decreto, si aliam domum habuerit, quam commodè posset incolere, habitando in domo debitoris non tenetur pensiones computare in sortem. 4.
Satisfit rationi dubitandi, seu oppositis. 5.

Disquisitio XX. Caius creditor Antonij centum nummorum aureorum agens in iudicio ad exactionem sui crediti ex primo decreto immissus fuit in possessionem domus eiusdem Antonij, simulque cum eodem in ipsa habitauit. Orta postea fuit controuersia, an idem Caius, qui sic habitauit, teneretur pensionem computare in sortem. 1

Et quidem videbatur ex superiùs dictis teneri, huiusmodi pensionem computare, quandoquidem quando creditor non est immissus, vtique computat, ergo etiam debet computare immissus, cum præcipuè ista vtilitas habitationis, quam percipit, computatur inter fructus rei; atque ità sentire videtur *Negusant. de pignor. in 5.* 2

T *memb.*

res, vtique ipsis præferendus est locator quoad inuecta, & illata in fundum conductum. Probatur assertio, quia hypotheca in re operatur, vt secundus creditor, cui constituta est, præferatur in re ipsa alijs etiam anterioribus non habentibus hypothecam *l. licet C. qui potior in pign. hab. l. quamuis C. de pign.*, vndè etiam dicitur, quod hypotheca etiam præfertur priori in casu *l. 3. §. fin. ff. qui potior in pign. haben.*, sed inuecta, & illata in fundo conducto sunt tacitè obligata in vim pignoris, seu hypothecæ in fauorem locatoris per superiùs notata, & probata, ergo &c. Viteriùs confirmatur, quia hypotheca tribuit ius possessionis, & apprehendendæ, & adipiscendæ, & fortiùs retinendæ *Albertus Brun. cons. 1., & 2. col. 1.*, ergo, cum locator apud se retineat rem in fundum conductum inuectam ratione hypothecæ, & pignoris priuatiuè quoad alios creditores poterit eam capere, seu detinere.

Hypotheca præfertur etiā priori in casu

4 Respondeo secundò, quantumuis cæteri creditores fuerit anteriores, & hypothecarij, ipse tamen locator quoad inuecta, & illata videtur absolutè ipsis præferendus. Conformis est ijs, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. disquis. 3. §. 13. num. 3.* Ratio autem ex eo deducitur, quia, quamuis hypotheca in eadem re pluribus constituta possit contrà extraneum per quemlibet intentari, inter habentes tamen talem hypothecam facit meliorem conditionem possidentis, nisi sit cuilibet pro parte constituta, quia quilibet agit pro parte contra alium *l. si debitor, & ibi Glos., & Bartol. ff. de pignor l. idem §. 1. ff. qui pot. in pig. haben.*, sed locator per superiùs allegata dicitur possidere *l. 1. si iusserim ff. de acqu. possess. l. qui pignoris ff. eod. l. 2. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.*, ergo &c. Neque dicas, hæc valere, quando eadem res est pluribus hypothecata æquè primò, secus autem, quando primo est hypothecata vni, tunc enim secundus quantumuis rem illam possideat non videtur præferendus, quia hypotheca semper transit cum re, & eam afficit, eiusque possessorem *l. si prædium, & ibi Baldus C. de euict.*, &, quantumuis res in alterum transferatur, semper tamen debetur primo habenti hypothecam in illa re *l. debitor, & ibi Baldus C. de pignor.*, contra enim impugnaberis, quia, quando in eodem subiecto adunantur simul creditum, & debitum, tunc ipso iure fit compensatio, compensatio autem ipso iure suos immediatè sortitur effectus *Tiraquel in l. si vnquam in verb. reuertatur num. 246. C. de renocand. donat.*, quia quod fit ipso iure trahit secum executionem, & compensatio ipso iure antecellit, seu potius excludit quamcunque hypothecam etiam anteriorem per ea, quæ alibi docuimus.

Locator dicitur quodamodò possidere

Quando in eodem subiecto, debitū est & creditū fit ipso iure cōpensatio.

Ex ijs, quæ hactenus diximus, deducitur in fortioribus terminis, quod sit præferendus quibuscumque creditoribus posterioribus, quod expresè tradunt *Alexander de Neuo. cons. 95. num. 7., Dinus cons. 4., Tiber. Decian. cons. 109. num. 23. vol. 2., Altiatus respons. 15. lib. 5.* quinimmò docet *Bellonus cons. 87. num. 16.*, quod locator præferatur etiam mulieri in dote posteriori habenti expressam, etiamsi post instrumentum mulieris fiat instrumentum calculi inter locatorem, & conductorem, quia hoc refertur ad primā tacitam, & legalem hypothecam.

Excipiendæ tamen sunt à generali hac regula expensæ funeris in morte conductoris, respectu quarum ipse locator non præfertur pro pensionibus quoad inuecta, & illata in fundo conducto, & hoc ob speciale priuilegium concessum intuitu naturalis pietatis quoad defunctos, quæ præualere debet cuicunque iuri positiuo *l. at si quis §. si colonus ff. de Relig., & sump. fun.* 5

Limita quoad expensas funeris.

---

§. XII.

An inuecta per conductorem in domo conducta sint etiam tacitè obligata pro alijs debitis eiusdem, vel præcedentibus, vel subsequentibus ex alio titulo à conductione.

SVMMARIVM.

Declaratio casus, & difficultatis proposita. 1.
Opinio Carocij asserentis posse detinere. 2.
Locator eodem iure non potest detinere res inuectas, quo detinere poterat pro pensionibus non persolutis. 3.
Intellige potissimum, si illa inuecta fuerint alijs antecedentèr obligata. 4.
Si illa bona inuecta non fuerint tacitè, nec expresè obligata alijs creditoribus locator præfertur. 5.

Disquisitio XII. Inita locatione inter Fabium locatorem, & Titium conductorem, qui ex alio titulo erat debitor eiusdem Fabij, inuexit in fundo conducto plura bona Titius conductor, & pro singulis, & determinatis temporibus soluit conuentas pensiones, & forte etiam pro eo tempore contraxit alia debita cum eodem Fabio. Cedente iam die locationis, persolutisque omnibus pensionibus contendebat Fabius res inuectas detinere ob debita eiusdem Titij, vel antecedentèr, vel subsequentèr contracta ex alio titulo etiam in concursu aliorum creditorum anteriorum. Quæritur iam, an possit detinere titulo eodem tacitæ obligationis, quo detinere posset 1

set pro pensionibus, si non essent persolutę, an verò alia ratione, & quomodò.

2 Proponit hanc difficultatem *Carocius de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis q. 10.*, vbi absolutè asserit, locatorem posse detinere pro alio debito pensione fundi conducti persoluta, citatque *Bartolum in l. solutum §. solutam in fin. ff. de pignoribus*, *Negusant. de pignor. in 4. membr. 2. part. n. 129.*, sed non explicat, an eodē iure possit detinere, quo posset detinere pro pensionibus, & an possit detinere in concursu aliorum creditorum anteriorum. Quamobrem

3 Privilegium est stricti iuris, nec extendēdum. Respondeo primò, eodem iure non posse detinere res illas inuectas in fundo conducto, quo detinere potest pro pensionibus non persolutis. Ratio ex eo deducitur, quia priuilegium à iure concessum ad vnum effectum non potest extendi quoad alium, nisi expressè fuerit actum, quandoquidem priuilegium est stricti iuris, & strictè interpretandum, non extendendum, sed quod bona in domum, seu fundum conductum inuecta sint tacitè obligata, est priuilegium, & in ordine ad pensiones, seu fictus eiusdem, ergo non est extendendum in ordine ad alia debita ab ipsis pensionibus, & fictis.

Ex alijs creditis nō datur actio ex locato. Confirmatur, quia ius, quod prouenit ex locatione, non extenditur ad alia, quæ sunt extra locationem, neque enim ex illis datur actio ex locato, vel conducto, ergo quoad ea, quæ sunt extra naturam locationis, non militant priuilegia, quæ militant quoad ea, quæ pertinent ad eandem locationem, ergo eodem iure non potest locator detinere inuecta, quo posset detinere pro pensionibus non solutis.

Non est hypotheca, neque à iure, neque ab homine. Probatur secundò, quia huiusmodi inuecta nec sunt tacitè obligata ex dispositione iuris, nec expressè ex conuentione partium, ergo eodem iure nequeunt detineri, quo possunt detineri ex pensionibus non solutis. Antecedens probatur quoad primam partem, quia iura non disponunt de illa tacita obligatione, nisi pro pensionibus non solutis; quoad secundam partem ex eo euincitur, quod non inuexit conductor ad illum finem, adeoque nec ex intentione ad vllam hypothecam se obligandi.

4 Respondeo secundò; si huiusmodi inuecta fuerint alijs antecedentèr obligata, seu hypothecata non poterit locator pro alijs suis creditis, vel antecedentibus, vel subsequentibus ex alio titulo ea detinere. Ratio est, quia ex vna parte hypotheca semper transit cum re, eamque afficit, & eius possessorem per allegata superiùs iura; ex alia res illę non fuerunt inuectæ in illum finem, & cum non sint tacitè ex dispositione iuris, nec expressè ex conuentione partium hypothecatæ locatori, non constituunt eum possessorem; ergo non est, cur non respiciant priores creditores hypothecarios, adeoque, quod illis non debeantur; Neque vrgeas ex superiùs dictis, quod, cum ipse locator sit creditor ex alio titulo, & res illæ sint in ipsius domo, seu fundo locato, videatur fieri immediatè compensatio, quæ ex superiùs dictis antecellit quamcunque hypothecam quantumuis anteriorem, cui etiam locatori fauere videtur, quod sit quasi in possessione, cuius propterea melior est conditio; contra enim impugnaberis, quia ad faciendam compensationem ipso iure non sufficit quæcunque rei detentio, seu positio eiusdem in loco creditoris quomodocunque, sed requiritur actualis possessio, vel ex iuris dispositione, vel ex partium conuentione, quæ ex nullo capite est in præsenti hypothesi; ex quibus patet discrimen, quod intercedit inter ea, quæ dicta sunt *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs II. disquis. 3. §. 13. num. 3.*, & in præcedenti *disquis. in respons. 2.*, & inter ea, quæ hic dicuntur; quandoquidem in illis verè fit compensatio ipso iure, quia supponitur in eo, qui compensationem intentat, possessio eius, quod venit in compensationem, nam in primo casu de cambijs compensans est in possessione, quod idem est in secundo iuxtà dicta in præcedenti disquisitione, cum inuecta sint tacitè obligata pro pensionibus, & locator quoad inuecta pro eisdem pensionibus dicitur possidere *l. 1. §. si insterim ff. de acquir. possess. l. 2. ff. in quib. caus. pig. tac. contrah.*, quod non euenit in præsenti hypothesi, in qua nec tacitè, nec expressè huiusmodi bona obligantur.

Ad faciendam compensationem immediatè requiritur possessio.

Nec tacitè, nec expressè huiusmodi bona obligantur.

Respondeo tertiò, si illa bona inuecta non fuerint tacitè, nec expressè obligata alijs creditoribus quantumuis anterioribus 5
potest vtique illa detinere in solutionem proprij crediti. Ratio est, quia inter creditores non priuilegiatos, nec hypothecarios datur locus præuentioni ad propria credita aduersus debitorem, nec vnus alium respicit; quo fit, vt, cum locator habeat quodamodo apud se bona, quibus potest fieri solutio proprij crediti, non indigeat aliundè cum sui incommodo quærere, nec ad hoc alij creditores possunt esse rationabilitèr inuiti, quod locator per præuentionem consulat rebus suis.

Datur locus præuentioni, nec vnus alium respicit.

---

§. XIII.

An instrumenta, & apochæ continentes nomina debitorum inuecta sint tacitè obligata.

SVMMARIVM.

Ratio, & series controuersiæ. 1.
Huiusmodi instrumenta non intelliguntur tacitè

citè obligata pro pensionibus. 2.
Non valet paritas de literis cābij, & quare. 3.

1 DIsquisitio XIII. Cum alijs suis suppellectilibus conductor inuexit in fundum conductum nonnulla instrumenta, & apochas continentes nomina debitorum. Hic excitata fuit controuersia, an huiusmodi instrumenta, apochæ, & nomina debitorum intelligantur tacitè obligata pro pensionibus, sicuti cæteræ res inuectæ?

2 Respondeo, non intelligi tacitè obligata pro huiusmodi pensionibus *Salicetus in l. certi iuris qu.4. C. locati, Menochius de adipiscen. possess. remed. 3. n. 142., & seqq., Carocius de loc., & conduct. part. 5. sub tit. de inuectis qu. 15. n. 29., Tiraquel ad l. si vnquam in verb. bona n. 13. C. de reuoc. donat., Bellon. in §. item Seruiana num. 50. instit. de act., Negusant. in tract. de pignor. in 4. membr. 2. partis nu. 153. vers. octauo limita*.

Nomina debitorū non veniunt in generali obligatione quoad inuecta.

Ratio autem huius responsionis ea est, quia in generali tacita bonorum obligatione quoad inuecta in fundum conductum non veniunt nomina debitorum *l. Caius ff. de leg. 2., & l. si mihi Mæuia §. vlt. ff. de leg. 3.*, ergo ex eo, quod huiusmodi nomina fuerint inuecta, non propterea intelliguntur tacitè obligata. Antecedens probatur, quia in generali tacita obligatione ob inuectionem non veniunt, nisi ea, quæ sunt inuecta, vt perpetuo ibi sint, hoc est durante tempore locationis, qua ratione communiter dicunt, quod pecuniæ in domum inuectæ destinatæ ad vsus non veniant sub tacita hypotheca, quia non inuehuntur, vt ibi permaneant *Gomes. in d. l. item seruiana num. 20. instit. de act., & ibidem Zasius n. 22.*

Non intelligūtur inuecta, vt ibi permaneant.

ratioque ex eo deducitur, quia domus non fuit conducta eam ob causam, vt pecunia hæc ibi esset *l. debitor ff. de pign.*, nec pecunia loco circumscribitur *l. si fideicommissum §. tractatum ff. de iudic.*, sed nomina debitorum non ita inuehuntur, vt perpetuo ibi sint, nec secundum se loco circumscribuntur *Cinus in l. certi iuris C. locati*, cum inuehantur solummodò per accidens, donec debitum exigatur, ergo &c.

Pecunia loco non circumscribitur.

3 Dices, ex ijs, quæ dicta sunt *tom. 2. sub tit. Contractus III. de Cambijs II. disquis. 3.* § 10. in generali tacita hypotheca, quæ ex vi *Nouissim. Constitut. Mediol. lib. 5. de offic., Abbatum, & Consulis Mercatorum §. eo amplius*, conceditur literis cambij, veniunt etiam nomina debitorum, ergo etiam in generali tacita hypotheca, quæ conceditur locatori quoad inuecta, extendenda est ad eadem nomina debitorum, cum eadem ratio videatur. Sed contra, quia tacita generalis hypotheca quoad inuecta in contractu locationis non est generalis absolutè quoad omnia bona conductoris, sed dumtaxat quoad inuecta, quinimmò nec absolutè quoad hæc, nisi ex genere suo sint talia, vt exigant ibi permanere, vel inuehantur eo animo, vt ibi permaneant durante tempore locationis; hypotheca autē quoad literas cambij est absoluta, indefinita, & vniuersalis, quæ proindè debet extendi ad quæcunque bona, seu iura realia debitoris, inter quæ computantur nomina debitorum eiusdem debitoris, nec valet argumentum de hypotheca in vno genere contractus ad aliud genus, quando non est eadem ratio concessionis, nec ex dispositione iuris, seu mente legislatoris æquè primò extenditur. Quamobrem optimè notat *Carocius de locat., & conduct. d. part. 5. q. 15. de inuectis n. 31.* in hac materia locati, & conducti semper duo consideranda esse primò, an inuecta veniant in generali hypotheca *ad l. obligat. ff. de pignor.*, secundò, an fuerint inuecta perpetuo, hoc est, vt ibi permaneant pro toto tempore locationis.

Diuersa ratio de literis cambij, ac de inuectis in fundo cōducto.

---

§. XIV.

An inuecta per famulum in domum Domini sui sint tacitè obligata pro seruitij præstatione.

SVMMARIVM.

Exponitur ratio difficultatis propositæ. 1.
Inuecta per famulum in domum domini sui non sunt tacitè obligata pro seruitij præstatione. 2.
Obiecta ex aduerso, eorumque solutio. 3.

DIsquisitio XIV. Cum ex superiùs dictis longè, latèque pateat inuecta, in domum conductam obligata tacitè remanere pro pensionibus eiusdem domus, contigit, vt famulus per Titium conductus ad sui, suæque domus famulatum, & obsequia præstanda inueheret in domum eiusdem Titij sua suppelectilia, aliaque bona secundum se pretiosa ad sui vsum, & vt ibi conseruaret. Non adimplente postea suum famulatum, & promissa obsequia personalia eodem famulo contendebat idem Titius Dominus in vim hypothecæ generalis tacitæ ex vi *l. certi iuris C. locati* sibi competere contendentis, seu præsumentis, eadem bona inuecta sibi adaptare. Quæritur iam quid iuris? & an possit eodem iure sibi eadem bona detinere, quo detinent alij locatores bona inuecta suorum cōductorum? 1

Respondeo absolute negatiuè *Baldus in l. certi iuris C. locati Negus. in tract. de pignor. in 4 membr. 2. partis num. 151., Menochius de adipis. possess. remed. 3. num. 145., Scodobius in auth. habita 3. pag. 43., & in actuario lit. A. Carocius de loc., & conduct. part. 5. sub tit. de* 2

inue-

Famulus non est cōductor domus, sed potius locator suæ personæ.

inuectis qu. 16. n. 3. Ratio esse potest primò, quia huiusmodi hypotheca, & tacita obligatio ex dispositione iuris inducta est in fauorem locatoris, vt cautus sit quoad suas pensiones debitas ex contractu locationis aduersus conductorem, sed in data hypothesi ipse famulus non est conductor domus, sed potius locator suæ personæ ad famulatum Domini, ergo nec aduersus ipsum, nec aduersus eiusdem bona conceditur tacita, & generalis hypotheca *ex vi d. l. certi iuris C. locati.* Minor probatur, quia se obligando ad famulatum, & ad obsequia præstanda potius conducitur, & locat se ipsum, quam conducat, vt ex se patet iuxtà textum *in l. 2. C. locati.*

Nonnisi per analogiam dominus & seruus dicuntur locator, & inquilinus.

Dices primò ex textu *in ead. l. 2. C. locati*, quod Dominus respectu famuli videatur locator, *& ex l. 4. ff. de vsu, & habit.*, ipse famulus dicitur inquilinus, ergo respectu famuli militant eædem rationes, & eadem iura, quæ militant respectu conductoris in ordine ad locatorem. Sed contra, quia tam dominus, quam famulus in ordine ad talem contractum nonnisi per quandam analogiam dicuntur locator, & inquilinus, verba autem legis sunt propriè interpretanda, non extendenda ad similitudines, & analogias *l. 1. §. si is, qui nauem ff. de exercit.* Quod autem illa iura procedant solummodò per quandam analogiam, & similitudinem euincitur ex glosa in eisdem textibus allegatis, & sic *glos. in d. l. 2. C. locati* asserit, quod Dominus non nisi ratione ædificij construendi per fabrum dicatur locator, cæterum conductor dicitur dominus ratione operæ, & faber locator ratione eiusdem operæ, cæterum in verborum processu semper famulum appellat locatorem, *vt in verbo solitis* asserit, *sed qui sic locauit operas*, & in addit. *Quando quis locauit operas suas ad faciendam totam domum.* Deindè *Glosa in d. l. 4. ff. de vsu., & habitat.* asserit inquilinum propriè non esse, qui mercedem non præstat. Deindè, quando etiam dominus diceretur locator, famulus inquilinus, non propterea iura præcipuè *d. l. certi iuris C. locati* haberent vim quoad eundem famulum, quandoquidem procedunt solummodò in conducente agrum, & domum, vt considerauit *Carocius loc. cit.*

Qui mercedē non præstat, domum non conducit.

Dices secundò, ex eo, quod famulus inhabitat in domo Domini, videtur in hac parte conductor eiusdem domus, ergo sub hac ratione bona ipsius inuecta videntur hypothecata. Sed contrà, quia in præcit. *l. 4. ff. de vsu, & habit.* reprehenditur Labeo, qui inquilinum vocauit eum, qui recipitur ab vsuario gratis, subditque rationem ibi *Glosa in verbo, qui cum eo habitat.*, quia qui mercedem non præstat, domum non conduxit *l. si vir vxori ff. de donat. inter vir., & vxor.*

Debitum ob famulatum nō præstitū non est debitum pro pensionibus.

Ratio esse potest secundò, quia ex superius dictis *sub hoc eod. tit. Contractus X. disquis. 2. §. 12.* locator non potest *ex vi l. certi iuris C. locati* res inuectas conductoris persolutis pensionibus ob debitum eiusdem cōductoris alio titulo, siue fuerit antecedens, siue subsequens detinere, ergo nec dominus poterit ex vi eiusdem iuris detinere res famuli sui ob famulatum, seu obsequia conuenta non præstita. Consequentia probatur, quia debitum ob famulatum non præstitum non est debitum ob pensiones non persolutas, vt ex se patet. Confirmatur, quia ius detinendi inuecta ob pensiones non persolutas est priuilegium à iure concessum respiciens indemnitatem locatoris, sed priuilegia, vtpotè stricti iuris non sunt extendenda vltrà id, ad quod expressè, & secundum propriam formalem rationem sunt concessa, ergo non sunt extendenda ad casum præsentis hypothesis, quandoquidem iura concedentia priuilegium respexerunt propriè locatorem quoad domum, & fundum conductum, & quoad pensiones, quæ non militant in hac hypothesi, secundum quam Dominus non est propriè locator, sed potius conductor, & ipse famulus conductus non soluit mercedem pro domo, vel fundo.

Priuilegia sunt stricti iuris.

---

§. XV.

An liceat meretrici locari domum?

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes circà ipsam dubitandi. 1.

Regularitèr loquendo potest dominus locare domum meretrici, etiamsi alteri locare commodè posset. 2.

Non licet locare domum meretrici, quando cognoscitur alibi honestiùs victura. 3.

Probabiliùs Domino non licet locare domum meretrici, quando ex vicinia personarum honestarum timetur eisdem scandalum passiuum. 4.

1 Disquisitio XV. Domum vacuam habebat Titius, quam intendebat locare ad congruas pensiones excipiendas. Concurrit ad eandem domum conducendam fœmina quædam lasciua, quam ipse Titius nouit esse meretricem malæ famæ. Quæritur, an licitè eidem locare potuerit.

Considerationes circà factum.

Hic multa veniunt consideranda, an cum eadem fœmina, vt supponitur malæ famæ, concurrerint ad conducendum aliæ personæ bonæ famæ, & honestatis; secundò, an, si tali meretrici denegetur locatio, prudenter existimetur alibi honestiùs vi-

S ctura

ctura, nec ne. Tertiò considerandа est vicinia, an ibi degant personæ honestæ vitæ, quibus scandalum aliquod ingeri possit, an non. Quartò, an commoditas illius loci datura sit occasionem pluries peccandi, ac alius locus non ità opportunus, & his similia.

2 Respondeo primò, regularitèr loquendo posse licitè Titium locare domum meretrici, etiam si alteri locare commodè posset *Valentia tom. 3. disput. 5. qu. 20. punct. vlt., & q. 21. punct. 4., Salonius in 2. 2. D. Thomæ qu. 77. art. 4. controu. 6. post quartam conclus. corrol. 3.* Probatur primò, quia Titius simplicitèr locando domum suam meretrici vtitur iure suo, nec peccat contra iustitiam, nec cooperatur malitiæ eiusdem, ergo regularitèr loquendo licitè hoc præstat. Antecedens quoad primam partem probatur, quia, cum sit dominus talis rei, potest pro libertate sua de illa disponere, & potius in fauorem vnius, quam alterius, vbi aliqua lex, seu conuentio non obsistit; sed in præsenti hypothesi nulla lex vetat, aut conuentio impedit, quominus domus meretrici possit locari, quandoquidem præsupponitur, quod huiusmodi mulieres a publica potestate in tali loco permittatur, ergo &c. quoad secundam partem etiam sic euincitur, quia in tali contractu locationis domus inito cum meretrice saluatur debita æqualitas dati ad acceptum, supponitur enim proportio pensionis per meretricem soluendæ ad vsum, quo gaudet; quoad tertiam tandem sic concluditur, quia locus secundum se non confert ad malitiam actus, quæ malitia potest esse siuè in vno, siuè in altero loco, cum abstrahat secundum se à quocunque loco determinato, ergo conferendo locum ad vsum simplicis habitationis propriè non cooperatur malitiæ inhabitantis.

Locus secundum se nō cōfert ad malitiam conductoris.

Dices, adhoc, vt quis dicatur cooperari malitiæ alterius, sufficit, quod cooperetur indirectè, vt videtur in eo, qui exhibet vinum ebrioso, quia scilicet absque rationabili causa omittit impedire proximi peccatum, & passiuum scandalum negando ei vinum, sicut poterat, sed locans domum meretrici cooperatur indirectè eius peccato omittendo impedire eius peccatum, quinimmò eidem præbendo occasionem per concessionem domus, ergo &c. Sed contra, quia dispar omninò est ratio de concedente vinum ebrioso, ac de concedente domum meretrici, quandoquidem attenta qualitate personæ vinum directè per se influit in ebrietatem, quæ certè præuideri proximè potuit ex eiusdem propensione; domus autem secundum se non influit, nec ex eo peccatores sumunt proximè occasionem peccandi; Deindè vinum est materia proxima ebrietatis, non sic locus materia fornicationis, vt per se patet. Quamobrem ad non præbendam peccati materiam tenetur quis, quando sine sui detrimento potest, non vero ad non locandam domum meretrici.

Vinū per se influit ad ebrietatem, nō sic locus ad meretricium.

Probatur secundò, quia locatio domus est secundum se nimis remota à peccato, nec officit, quod peccator ex sua prauitate ea vti possit ad vsum peccati, ergo eam locando locator non peccat. Antecedens ex se patet, quia cæteroqui nec liceret peccatoribus concedere alimenta, nec vestes, nec alia secundum se indifferentia, quandoquidem etiam illis peccator posset vti in ordine ad peccandum.

Locatio domus meretrici nimis remota est a peccato

Probatur tertiò, quia publica potestas potest licitè permittere meretrices in Ciuitate habitare, ergo etiam poterit quis licitè domum locare, vt in eadem habitet meretrix. Antecedens non vertitur in dubium. Consequentia probatur, quia eodem iure, & fine, quo publica potestas concedit easdem fœminas in Ciuitate inhabitare, potest etiam particularis concedere, vt in domo sua inhabitet; tàm enim potest in Ciuitate peccare, quam in particulari domo, cum domus particularis non influat ad tale peccatum.

Ius, quod permittet meretrices in vrbe manere permittit etiam habitare in domo.

Respondeo secundò, si prudentèr existimetur meretrix alibi honestiùs victura, ac in domo, quæ eidem conceditur ad vsum locationis, probabilius est, non posse licitè Dominum eidem talem domum locare. *Valentia tom. 3. disp. 5. q. 21. de vsura punct. 4. vers. dico 2.*, & hoc etiam, si amittendum esset lucrum habitationis, & domus vacua relinquenda. 3

Ratio esse potest, quia non licet etiam ad finem acquisitionis lucri alioqui liciti, & honesti alteri præbere occasionem proximam peccandi, sine qua rationabilitèr præsumi potest non peccaturum, ergo neque etiam licebit locare domum meretrici, in qua ob circumstantiam proximè præuidetur peccatura, sine qua alibi honestiùs victura. Antecedens probatur, quia vnusquisq; tenetur vitare scandalum passiuum sui proximi in rebus tendentibus ad perniciem animæ, quantumuis ex illo consequeretur aliquod damnum temporale, seu cessatio lucri; quod sic euincitur, nam si quis peteret domum, seu vsum domus pro aliquo determinato tempore ad fornicādum, non liceret ei concedere, quantumuis ex tali non concessione non esset consecuturus illud lucrum, quod indè perciperet, si concederet, ergo etiam non erit licitum concedere ad locationem, si indè rationabilitèr præsumatur, quod conductor ex circunstantia loci sit peccaturus, cæteroqui non peccaturus, quantumuis ex illa non locatione priuandus sit lucro mercedis.

Præberet occasionē proximā peccandi.

Dices, quod meretrix sit peccatura ex cir-

circumstantia loci, cæteroqui non peccatura, prouenit ex ipsius prauitate, non ex locatione facta per Dominum, ergo eidem Domino non est imputanda malitia. Sed contra, quia quantumuis malitia formalitèr proueniat ex peruersitate eiusdem peccantis, occasionalitèr tamen prouenit etiam ex ipso locatore, qui, si commoditatem in concessione talis domus non præberet, vtique actio peccaminosa non consequeretur, cum alibi præsumatur rationabilitèr non peccatura, & licet dixerimus supra, quod locus non ità influat in peccatum, sicuti influit materia peccati, non propterea tollitur, quin, si ipse locus ex circunstantia moueat, seu commoditatem præbeat ad peccandum, si non physicè, saltem moralitèr, efficiat malitiam imputari concedenti talem locum.

Occasionalitèr malitia prouenit ab ipso locatore.

Locus ex circumstantia mouet.

4 Respondeo tertiò, probabilius est, non licere domino locare domum suam meretrici, quando ex vicinia personarum honestarum timetur eisdem scandalum passiuum. Consentiunt in hanc responsionem *Valentia loc. cit.*, & alij magis communitèr. Ratio autem ea esse potest, quia ex motiuo lucri temporalis, seu pecuniarij non licet alijs scandalum passiuum ingerere per ea, quæ superius dicta sunt, ergo nec quando in vicinia personarum honestarum iustè timetur de earundem scandalo; vndè per iura statutum est, & præcipuè *in §. sancimus auth. de lenon.*, quod facta denuntiatione huiusmodi personæ inhonestæ possit ab illa vicinia expelli.

Dices ex superiùs dictis, locus ille non influit in malitiam, & ex alia parte dominus potest pro suo libito de sua domo disponere, ergo &c. Sed contra, licet locus secundum se non influat in scandalum, persona tamen ibi inuecta ratione viciniæ cum alijs personis honestis influit propriè in scandalum, & aliorum præuaricationem, vndè licet dominus possit de illa domo disponere, non tamen cum detrimento, seu periculo præuaricationis alienæ; & licet non influat formalitèr, influit tamen occasionalitèr, vt supra.

Non licet domino disponere de re sua cum periculo præuaricationis.

Ex quibus omnibus fas erit deducere, quod, si commoditas illius domus latura sit opportunitatem pluries peccandi, ac sit meritrix alibi habitura, non liceret eam domum meretrici locare, propter rationes superiùs adductas; nam non minus illicitum est concurrere concedendo domum simpliciter ad peccatum, ac concurrere ad idem magis multiplicatum, quandoquidem multiplicatio est in eodem genere peccati, & non minus est peccatum intrà eandem speciem primum, ac secundum, & tertium.

§. XVI.

An licitum sit maius pretium exigere ex eo, quod domus locetur meretrici, ac exigeretur, si fieret locatio alteri personæ secundum consuetudinem.

SVMMARIVM.

Facti series explicatur. 1.
Opinio Nauarri negantis posse maius pretium exigere. 2.
Potest locator iustè exigere maius pretium ex eo, quod locet rem suam meretrici. 3.
Respondetur rationibus per Nauarrum adductis. 4.

Disquisitio XVI. Consueuerat Titius domum suam locare triginta argenteis in singulos annos. Finita locatione vltima concurrit ad conducendum quædam fœmina malæ famæ, & in ciuitate peccatrix, cui Titius non recusauit concedere, sed ratione status, & prauæ qualitatis eiusdem fœminæ exegit plus consueto pensionis puta quadraginta argenteos. Hic orta fuit controuersia, an potuerit Titius illum excessum ratione talis status fœminæ conductricis exigere.

Negatiuè respondet Nauarrus *in summa c. 17. nu. 195. §. respondimus* ea motus ratione, quia nō est assignabilis titulus, ob quem locator possit illum excessum exigere, nisi quia illa persona, cui locat, est turpis, sicque videtur exigere lucrum ex turpitudine peccati, quod est iniquum. Antecedens autem probat, quia non est assignabilis titulus locationis, quandoquidem, cum hæc sit actus iustitiæ commutatiuæ, seruare debet æqualitatem inter datum, & acceptum, & locatio quoad illam rem adæquatur per longè minus pretium; non titulus donationis, quia vbi agitur de interesse, & de contractibus onerosis non præsumitur, nisi exprimatur, & vbi est conuentio ex vtraque parte obligatoria, non apparet ratio gratuitæ largitionis. Nihilominus 2

Exigeret lucrū ex turpitudine peccati.

Respondeo, non improbandum esse locatorem, si exigat maius pretium consueto ex eo, quod locet rem suam meretrici. Consentit in hanc nostram responsionem *Diana part. 5. tract. 6. resol. 26. §. nota tamen*. Ratio ex eo deducitur, quia talis locatio cum illo maiori excessu non est improba, nec ratione locationis, nec ratione exactionis illius excessus, ergo &c. Antecedens quoad primam partem patet ex superiùs dictis, secundum quæ non imputatur ad culpam locare domum meretrici, nisi 3

ex aliqua alia circumstantia deprauante consurgat prauitas, prout præter citatos Doctores docent *Salas in part. 2. tom. 2. tract. 13. disput. 5. sect. 15. num. 133., Siluius 2. 2. D. Thomæ qu. 77. art. 4. quæritur primo concl. 5., Sanchez in summa tom. 1. lib. 1. c. 7. n. 20., Azorius instit. mor. tom. 2. lib. 12. c. 18. qu. 3., Vasquez opusc. de scandalo qu. 43. art. 8. dub. 5. n. 48., Rebellus lib. 14. q. 17. n. 8., Salonius in 2. 2. D. Thomæ q. 77. art. 4 controuer. 6. post 4. concl. corrol. 3.*, quia hoc non est concurrere ad turpitudinem; Quoad secundam autem sic euincitur, quia ex illa locatione facta meretrici domus ipsa secundum communem hominum æstimationem deterioratur in valore morali quoad vsum ergo ratione illius deteriorationis, quæ consequitur locatori, poterit idem locator titulo quodamodo compensationis sine labe iustitiæ illum excessum exigere. Antecedens probatur, quia ex habitatione meretricis domus ipsa vilescit, & difficilius à personis honestis conducetur, cum ob illam inhabitationem fœminæ inhonestæ turpis reputetur, & ex communi consensu honestas præferatur cuicumque lucro, & regulariter personæ integræ famæ, & honoris potius patiuntur damna in bonis fortunæ, quam sinere, vt propriæ domus inhonestis personis deturpentur.

Deterioratur domus in valore morali.

4 Ad id, quod ex Nauarro opponebatur, dicendum est, titulum exactionis illius excessus esse locationem, non simpliciter secundum se, sed attentis cum eadem qualitatibus illius personæ, quæ secundum moralem æstimationem deteriorem reddit eandem iuxta mox allegata; neque absolutè verum est, quod talis excessus exigatur ob turpitudinem, sed ex locatione, quia sicuti locare domum, & recipere pretium locationis, etiamsi pretium ex turpitudine fuerit acquisitum, non est secundum se iniquum, ita neque iniquum est recipere maius pretium in locatione domus, quando ex eadem deterioratio secundum moralem æstimationem consequitur, quantumuis ille excessus ex turpitudine mulieris inhabitantis acquiratur, quia, sicuti illa locatio est secundum se meritoria propriæ mercedis, ita est meritoria compensationis illa moralis deterioratio.

Fit satis rationibus per Nauarrũ adductis.

---

§. XVII.

An creditor posit locare pignus, seu rem hypothecam.

SVMMARIVM.

Factum, & articuli circa ipsum examinãdi. 1.
Considerabilia aliqua circa dubium. 2.
Pignus, si fuerit locabile, nec ex locatione deteriorabile, vtiq; potest per creditorem locari. 3.
Pignus illud non solum potest locari extraneo, sed etiam per conductorem ipsi oppignoranti. 4.
Non potest creditor pignus locare, si ex locatione sit deteriorabile, & nõ solitũ locari. 5.
Si res sit locabilis, & solita locari creditor non locans tenetur compensare fructus non perceptos. 6.
Pensio, quæ per creditorem exigeretur ex locatione pignoris, est computanda in sortẽ. 7.
Creditor ex mutuo, cui domus mutuatarij data est in vim pignoris, & hypothecæ, si eandem inhabitauerit, tenetur computare pensionem in sortem ad valorem domus inhabitatæ, si commodè potuisset ad talem valorem alijs locare, ad valorem tantum, quem ipse expensurus fuit in conductione alterius domus, si commodè pro primo pretio non potuisset alijs locare. 8.

Disquisitio XVII. Mutuauerat Petrus Antonio centum nummos aureos, ob quos receperat in pignus, seu hypothecam rem quandam pretiosam æquiualentis, seu maioris valoris, & æstimationis. Quæritur iam primò, an creditor possit eandem rem, quam accepit in pignus, locare alteri. Secundò, an ipse debitori. Tertiò, an merces, quæ ex tali locatione pignoris, vel rei hypothecatæ creditor exigit, seu recipit, sit computanda in sortem rei mutuatæ. 1

Pro solutione aduerte primò, an res illa pignorata, seu hypothecata fuerit secundum se locabilis, nec ne. Secundò, an ex locatione sit deteriorabilis, nec ne. Tertiò, an fuerit solita locari per Dominum, nec ne. Quibus suppositis 2

Considerationes circà factum.

Respondeo primò, si res illa data in vim pignoris, seu hypothecæ fuerit locabilis, nec ex locatione deteriorabilis, vtique per creditorem potest locari *Acursius in suis glos. præcipuè in l. creditor ff. de pign.* Colligitur ex textu in ead. *l. creditor, & in l. non intelligitur §. fin. ff. de iur. fis.* Ratio autem ea est, quia per talem locationem nullam infert iniuriam domino, & habet quidquid requiritur ad posse locare, ergo non est, cur non possit &c. Antecedens probatur, quia per talem locationem nulla supponitur fieri deterioratio in re locata, quinimmò, vt notat idem *Acursius loc. cit.*, si fuerint prædia per culturam potius meliorãtur, quam deteriorentur; ex alio capite iustè creditor fruitur possessione rei sibi concessæ in vim pignoris, seu hypothecæ, ergo &c. 3

Nulla infertur iniuria domino.

Respondeo secundò, res illa data in vim pignoris, & hypothecæ non solum locari potest extraneo, sed etiam per creditorem ipsi oppignoranti, seu concedenti in vim pignoris, seu hypothecæ, & quidem ratio- 4

ne

ne possessionis, non verò dominij *Glosa*, & *Bartolus in l. cum, & fortis §. fin. ff. de pignor. act.*, *Castrensis in l. qui pignoris ff. de acquir. possess.*, *Alexander in l. si rem alienam n. 3. ff. eod.*, *Neguf. de pignor. in 3. memb. 1. partis sub num. 31.* Ratio autem huius responsionis ex eo deducitur, quia creditor potest locare extraneo, ergo etiam ipsi domino. Consequentia probatur, quia non minus dominus est capax vsus rei propriæ, quo antecedentèr ex vi pignoris, & hypothecæ non gaudebat, ac quælibet alia persona, ergo non minus illam rem propriam potest conducere, ac quilibet alius, in qua hypothesi vsum habebit à creditore, non ex vi rei propriæ.

5 Respondeo tertiò, si res illa sit per locationem ex genere suo deteriorabilis, & non solita locari, non videtur posse creditor eandem alteri locare. Ratio est, quia facultas locandi in data hypothesi, nec videtur, nec tacitè, nec expresse concessa eidem creditori; non expresse, quia de hoc nulla supponitur facta conuentio; non tacitè, quia ex quo non est solita locari, & ex locatione consequeretur læsio, seu detrimentum in re illa, non præsumitur Dominus consentiri, nec ex mutuo præcedenter facto per ipsum creditorem acquirit hic ius locandi, cum solum ius acquisierit, vt res mutuata pro tempore conuento sibi restituatur, in cuius securitatem pignus, seu hypothecam recepit.

Non habet ius, nec ex expressa, nec ex tacita concessione domini.

6 Hic oritur difficultas, an si res concessa in vim pignoris, seu hypothecæ sit locabilis, nec deteriorabilis, & solita secundum se locari, nec tamen, cum potuerit, creditor locarit, sit ei computandum in sortem, quod non locarit. Affirmatiuè respondet *Petr. Rom. decis. 31. limit. 5. nu. 398. ex l. sed si quid §. si vestimentorum ff. de vsufruct.*, & *l. vel vniuersorum ff. de pign. act.* cui consentit *Caroc. de loc., & conduct. part. 2. sub tit. de creditore q. 1. n. 4.*, quibus adhæreo ex qualitate præcisè, quod res illa fuerit solita locari; tunc etenim, ex quo concessa est, videtur concessa cum tacita conditione, & onere, vt locetur.

Concessa supponitur cum onere, vt locetur.

7 Respondeo tertiò, pensio, quæ per creditorem exigetur ex locatione rei sibi concessæ in vim pignoris, seu hypothecæ est computanda in sortem *Carocius loc. cit.*, & *q. 2. n. 3. 4.*, & *seqq.* Ratio primò ex eo deducitur; quia creditor non potest illos fructus facere suos salua substantia suæ sortis, ergo tenetur illos in sortem computare. Antecedens probatur, quia ex mutuo, qua mutuum est, non potest aliquid pretio æstimabile exigere supra sortem, sed, si fructus illos faceret suos salua substantia sortis, aliquid pretio æstimabile acquireret suprà sortem, ex sola temporis dilatione, nempè illas pensiones, quæ singulis annis per conductorem sibi persoluerentur, ergo &c.

Exigeret fructus ex mutuo, seu ex re non sua.

Ratio esse potest, quia creditor ex mutuo habitando domum sui mutuatarij tenetur congruas pensiones pro illa inhabitatione computare in sortem mutui, quia creditor habitando dicitur fructus percipere *l. si is, qui §. primo*, & *ibi Bartolus ff. de pignor.*, *Speculator instit. de pignor. vers. quid si obligasti*, *Alexander cons. 141 num. 7. lib. 5.*, *Neguf. de pignor. part. 6. membr. 3. nu. 7.*, *Ioannes Lupus in tract. de vsuris in comment. ad c. nauiganti §. 6. n. 135.*, quod non alia ratione dictum existimo, nisi quia acquireret ex mutuo aliquid pretio æstimabile suprà sortem, ergo etiam creditor ex mutuo locando domum sui mutuatarij sibi datam in vim pignoris, seu hypothecæ, tenetur pensiones ex illa perceptas in sortem mutui computare.

Hic obiter inquires, an si creditor ex mutuo, cui domus mutuatarij data est in vim pignoris, & hypothecæ eandem inhabitauerit teneatur pensiones ad valorem domus inhabitatæ computare in sortem, an verò ad valorem illarum pensionum, quas ipse expensurus fuisset in conductione alterius domus sibi, suisque congruæ, *Speculator in dict. tit. de pignor. vers. quid si obligasti*, cum omnibus Doctoribus cit. in secunda ratione præcedenti sustinent debere tantum computare pensiones ad eam rationem, & quantitatem, quam creditor expendisset in conductione alterius domus sibi congruæ, si eam non habitasset, cui tanquam veriori sententiæ adhæret *Carocius loc. cit.*, *Firmianus in suo repertorio in verb. habitatio propè finem sub nu. 40.*, *Antonius Butr. in cap. cum contra de pignor.*, distinguit, aut debitor pignorauit simpliciter, & tunc creditor tenetur ad pensionem, quæ communitèr percipi à quocunque potuisset, aut pignorauit cum pacto, vt ibi creditor habitare posset, & tunc tenetur ad pensionem, quam ipse debitor percepisset. Alia distinctione vtendum existimo, vel enim creditor locare potuit commodè domum iuxtà valorem, & æstimationem eiusdem domus, vel secundum talem valorem locare non potuit. Iuxtà primum sensum, assero, quod teneatur computare in sortem pensiones ad valorem eiusdem domus, quem exigisset, si alijs locasset, & in hoc sensu locutos existimo Antonium Butriũ supra allegatum, Afinium *de execut. § 7. c. 123. nu. 3.* Iuxtà secundum, assero, quod non teneatur soluere pensiones, vel computare, nisi ad eum valorem, & quantitatem, quam ipse esset soluturus in conductione alterius domus, atque in hoc sensu locutos censeo Speculatorem, aliosque Doctores supra allegatos. Ratio primæ partis ex eo desumitur, quod supra diximus, quod creditor non locans rem sibi

Dubium excitatũ ex præcedentibus.

Opinio Speculatoris, & Carocij volentiũ teneri ad valorem alterius domus, quam cõducturus fuisset.

Opinio Antonij Butrij distinguentis.

tibi pignoratam solitam locari, cum commodè posset, tenetur imputare pensiones congruas in sortem, prout concedit idem *Carocius loc.cit.*, & refert *Rot.Rom.decis.31. limit.5.n.398.ex l.sed si quid §. si vestimentorum ff.de vsufruct.*, *& l. vel vniuersorum*, *ff. de pigno.act.*, ergo creditor non locans rem sibi concessam in vim pignoris, & hypothecæ ad eas pensiones, quas exigit valor eiusdem domus, cum posset ad eas locare, tenebitur eiusdem pensiones, quas potuisset exigere, computare in sortem. Consequentia probatur, quia ita se habet totum ad totum, sicuti pars ad partem *l.quæ de toto ff.de rei vendic.*, quod certè valet, quotiescumque aliud non reperitur à iure dispositum aliud in parte, & aliud in toto *Minsinger.in §.nihil autem instit.de fideicom. hæred.*

Argumētū ad hominem deductū à concessis per Carocium.

Confirmatur, quia creditor, si non fuisset conducturus aliam domum, quia habebat propriam, sed inhabitauit illam debitoris, quia nobilior, pulchrior, vel fortè delectabilior, tenetur ad pensiones illius domus inhabitatæ per se computandas in sortem, vt fatetur idem *Carocius loc.cit.nu.10. vers. contrarium videtur*, ergo quantumuis fuisset aliam conducturus minoris pretij, seu pensionis, nihilominus, si inhabitauit domum debitoris maioris valoris, quam etiam potuisset pluris locare, tenebitur ad certas illas pensiones, quas percipere potuisset, si alijs locasset. Consequentia probatur, quia ita se habet propria domus comparatiuè ad illam debitoris pulchriorem, & delectabiliorem, ac alia per eundem conducibilis minoris pensionis ad eandem debitoris maioris valoris, ergo, si omittendo propriam inhabitare, vt illam pulchriorem debitoris inhabitet, tenetur ad illius pensiones, etiam omittendo aliam conducere minoris valoris, vt illam debitoris inhabitet, quia est maioris pensionis, tenebitur ad eandem maiorem pensionem, quandoquidem attendendum est ad id, quo res potest locari, & interest domino, vt locetur, non ad id, quod interest creditori, cæteroqui non locando, cum posset locare, eximeretur ab onere solutionis pensionis contrà superius dicta. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia creditor non tenetur ad pensiones vltrà id, quod potest, ex domo sibi tradita in vim pignoris, & hypothecæ exigere, & sicuti, si alijs locaret minori pretio, ac res ipsa secundum se exigat, cum maius non inueniret, non teneretur, nisi ad id, quod exigit, non ad id, quod res posset exigere, ita, si ipse inhabitaret ad rationem illius pensionis, quam posset ab alio, si eidem locaret, exigere, non teneretur, nisi ad illam, cum aliam maiorem non posset adinuenire; non enim ipse cum suo detrimento tenetur meliorem facere conditionem sui debitoris.

Nō tenetur, nisi ad id, quod exigit, nō ad id, quod potest exigere.

§. XVIII.

An sint computandæ in sortem pensiones ex equo, vel boue pignorato.

SVMMARIVM.

In quo sita sit difficultas exponitur. 1.
Hospes iniustè potest exigere, vt pensiones computantur in sortem ad extenuandum debitum. 2.
Detrahendi tamen sunt sumptus, quos facturus fuisset hospes in manutentione equi. 3.
Si equus deterioratur ex illis locationibus factis per cauponem non tenetur idem caupo ad æstimationem, & deteriorationem. 4.

Disquisitio XVIII. Hospes quidam ad sua negotia peragenda Mediolanum accesserat, seque in Cauponam receperat, vbi multa debita tum ob victus, tum ob alia cum tabellario contraxerat. Expeditis negotijs Mediolano recessurus, cum non haberet, quo solueret tabellario, reliquit eidem suum equum, qui pluries eundem equum ad vecturam locauit, & ex illa locatione congruas pensiones excepit. Post multum temporis hospes ad cauponam accessit proprium equum redempturus, sed contendebat debitum iam solutum ob pensiones pluries exactas equi per cauponem locati. Quæritur iam, an hospes iustè possit allegare solutionem proprij debiti per illas reiteratas vecturas, & receptiones congruarum pensionum. 1

Explicatur titulus in casu particulari.

Respondeo, vtrique hospitem iustè posse excipere quoad illam receptionem pensionum, & exigere, vt computentur in sortem ad extenuandum debitum *Baldus per textum in l. cum pignoris C. de part. pign.*, *Marc. Man. singul. 230. fuit alias*, *Alexander in l.si seruos ff.de pignor.act.*, *Negusant.de pignor. in 3.membr.7.part.n.17.*, *Carocius de locat.*, *& conduct. part.2.sub tit. de creditore qu.3.num.1.* Ratio ex eo deduci potest, quia creditor non potest ex dilatione præcisè temporis aliquid exigere supra sortem, sed in data hypothesi, si non teneretur pensiones computare in sortem sui crediti, ex dilatione temporis præcisè exigeret easdem ex equo debitoris locato supra sortem, ergo &c. 2

Exigeret ob temporis dilationem

Dices primò, hospes vtitur pecunia debita cauponæ ad suos vsus, seu non grauatur ad illam restituendam, cum deberet restituere, ergo etiam caupo poterit vti equo pignorato, vt fiat compensatio vtilitatis cum vtilitate, seu vsus pro vsu. Sed contra, quia ex vtilitate, quam consequitur debitor ob non immediatè positam solutionem

non

Ex vtilitate, quã habet hospes in dilatione solutionis non cõsequitur aliquid ius in caupona aliquid exigendi.

non consequitur aliquid ius in creditore aliquid exigendi pro illa vtilitate, sicuti ex vtilitate, quæ consurgit in mutuatario ratione mutui præcisè non oritur aliquod ius in mutuante exigendi aliquid supra sortem, vt fusè alibi docuimus, & est in confesso apud omnes. Requiritur igitur alius titulus ad exigendum aliquid ex dilatione temporis ad soluendum, qui sit secundum se meritorius illius lucri, eo quod ipse creditor ex illa damnum aliquod patiatur, sine quo &c.

Dices secundò, Cauponem posse illas pensiones facere suas ratione lucri cessantis, quandoquidem ex eo, quod sit negotiator promptas supponitur habere occasiones lucrandi ex illa pecunia sibi debita, si sibi foret soluta. Sed contra, quia in primis ad exigendam compensationem lucri cessantis requiritur, quod facta fuerit conuentio de illa per ea, quæ docui *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris prænot. 13. n. 3.* iuxtà mentem *D. Thomæ q. 13. de malo art. 4. ad decimumquartum, Nauarri in comment. de vsuris 14. qu. 5. n. 46.*, quæ, si verificantur in ordine ad damnum emergens, non video, cur verificari nequeant in ordine ad lucrum cessans. Deindè regulariter inter huiusmodi creditores, & debitores assignato pignore non requiritur compensatio huiusmodi lucri cessantis, cum huiusmodi debita computentur inter manualia.

3 Hic tamen aduerte, quod ad extenuandum debitum hospitis ratione vecturarum factarum in proprio equo detrahendi sint sumptus, quos ipse hospes facturus fuisset in manutentione eiusdem equi, prout congruè notarunt *Baldus, Alexander, Negusant. loc. cit.*, nec certè sine ratione; quandoquidem similes sumptus facturus fuisset ipsemet hospes in ordine ad manutentionem eiusdem equi, nec caupo suis sumptibus debet eundem manutenere. Hoc expressè habetur *in l. cum pignoris C. de parc. pign.*, & sic practicando primò detrahuntur sumptus, & expensæ factæ, post vecturæ, vel operæ *Alber. in l. 1. C. de pact. pignor. per l. in rebus §. possunt ff. commodati, Alexander conf. 55. conf. 108. in fin. lib. 1., Petrus de Vbaldis de duobus fratribus part. 5. sub num. 12. vers. circa tertium, Alciatus reg. 1. præsumpt. 50. n. 2., Cravetta conf. 116. num. 2.*

4 Hic suboritur difficultas, an, si caupo ex eo, quod locauerit ad vecturas equum sibi pignoratum reddat deterioratum, teneatur ad æstimationem, & deteriorationem. Affirmatiuè videtur respondere *Brun. de diminut. concl. 10. fallent. 12., Borgn. decis. 23. nu 27. part. 1.* Sed contrarium existimo, quia, ex quo illa deterioratio prouenit ex natura ipsa locationis, nempè ex vsu equi, qui naturalitèr ex vecturis deterioratur, imputanda est domino, cui cedunt pensiones ex supra dictis, qui propterea, sicuti gaudet emolumento prouenienie ex vectura, ità subire debet damno, quod naturalitèr ex illa prouenit.

Deterioratio oritur ex ipsa natura locationis, & ex vsu equi.

---

§. XIX.

An creditor immissus in possessionem ex primo decreto possit, & teneatur colere fundum.

SVMMARIVM.

Proponitur difficultas in suis terminis. 1.
Varia inspectiones ad dirimendam difficultatem necessaria. 2.
Creditor immissus in possessionem ex primo decreto ratione præcedentis crediti puri, & liquidi debet colere fundum, vel locare, & fructus percipere. 3.
Creditor ex primo decreto immissus ex Saluiano loco satisfactionis, nec potest, nec debet locare, nec colere, sed locatio pertinet ad debitorem. 4
Cum creditor est immissus ex primo decreto ratione præcedentis crediti liquidi, tunc tantum debet colere, quando est immissus ex contractu, non ex vltima voluntate. 5.
Creditor ex contractu immissus ex primo decreto ratione crediti liquidi, si non colit, nec colligit, tenetur eosdem in sortem computare. 6.
Creditor immissus ex primo decreto ratione crediti liquidi prouenientis ex contractu non potest locare, si debitor prius locauerit, sed tenetur stare colono debitoris. 7.
Creditor immissus ex primo decreto non potest locare ad longum tempus, sed tantum ad modicum. 8.
Inter plures immissos ex primo decreto in controuersia quis ex illis locare debeat, dirimenda lis est per Iudicem cognita causa. 9.

Disquisitio XIX. Creditor erat Caius aduersus Franciscum de mille nummis aureis, cumque egisset in iudicio Caius aduersus eundem ex primo decreto immissus est in possessionem determinati fundi; cumque contenderetur, quod debitor per primum decretum possessionem non amiserit, sed adhuc retineat, orta fuit quæstio, an ad creditorem spectaret fundum illum colere, an verò ad debitorem? & quidem, quod debitor possessionem non amisserit, deducebatur ex textu *l. si finita §. si quis autem ff. de damno infect.* 1

Facti series in suis terminis.

Secundum varias inspectiones dirimenda est quæstio; & primò inspiciendum est, an fuerit immissus ex primo decreto ratione præcedentis crediti puri, & liquidi, an verò in Saluiano, quod quodamodò est loco

Nonnullæ considerationes circà titulum.

loco satisdationis. Secundò inspiciendum est, an creditor, qui dicitur immissus ex primo decreto, fuerit creditor ex contractu, an verò creditor ex vltima voluntate. Tertiò inspiciendum erit facultatiuè, an immissus possit colere agros etiam in concursu debitoris, an verò onerosè, quatenus teneatur eosdem colere, fructus percipere, & seruare, adeo vt, si ex sua incuria non coluerit, ex sua culpa fructus non perceperit, ad eorum compensationem teneatur. Quibus positis.

3 Respondeo primo: Si Caius creditor fuerit immissus in possessionem ex primo decreto ratione præcedentis crediti puri, & liquidi, potest, & debet colere facere fundum, vel locare, fructus percipere. Ità expressè *Carocius de locat., & conduct. part. 2. sub tit. de creditore qu. 5. num. 6.* Colligitur ex textu *in l. in venditione §. 1. ff. de bon. auct. Iud.*, vbi sic legitur *Si quis fructus ex prædio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem prædij missus est, vendere, vel locare debet*, vbi nota illam particulam *debet*, quæ necessitatem importat *l. prætor ait in princip. ff. de edend. l. 1. §. 1., & ibi Iason nu. 6. ff. quod quisq. iur.* Neque obesse potest textus *in l. si finita §. si quis autem ff. de damn. infect.*, vbi dicitur, quod, si quis missus in possessionem nondum possidere iussus sit, non possit compellere dominum à possessione recedere, ergo nec vendere, nec locare poterit; Non, inquam, obesse potest, quia allegatus textus, vt ex verbis ipsis sonat, procedit dumtaxat; quando creditor habito primo decreto nondum possidere iussus sit, quod non militat in præsenti hypothesi, secundum quam verè supponitur creditor ex tali decreto immissus in possessionem, licet non cum pleno iure, quod præcipuè verificatur ex eo, quod creditum præcedens præsumatur purum, & liquidum, quod aliter se haberet, si non esset tale, & ratio ex eo desumitur, quia stante tali debito puro, & liquido est quasi radicatum principium futuri irreuocabilis dominij, prout notauit *Carocius loc. cit. n. 11.*, quod virtualitèr æquiualet secundo decreto, quandoquidem hoc videtur requiri ad magis cognoscendum ius creditoris, & liquidandum eius creditum, quæ ratio cessat, quando creditum præcedens liquidum est, & purum, vt in præsenti hypothesi.

Ex antedicto debito puro, & liquido est quasi radicatū principiū futuri irreuocabilis dominij.

4 Respondeo secundò, si creditor fuerit ex primo decreto immissus in possessionem ex Saluiano loco satisfactionis nec potest, nec debet locare, nec colere, sed locatio, & cultura pertinet ad debitorem *Carocius loc. cit. nu. 11.* Quoad hanc responsionem vim habet non modicam textus *in dicta l. si finita §. si quis autem ff. de damn. infecto*, vbi glosa explicans verba eiusdem textus habet, quod si quis missus in possessionem ex primo decreto, & nondum possidère iussus sit per secundum decretum non possit compellere &c., vndè refert idem *Carocius loc. cit. n. 13.* se vidisse in facto immissum in possessionem ex primo decreto intimasse præceptum tertio possessori ne ingrederetur, quia volebat fructus seminatos colligere, qua in hypothesi fuit dictum præceptum subsistere in immisso ratione puri crediti, secus alias; per quod non solum probatur præsens responsio, sed etiam corroboratur præcedens. Ratio autem huius responsionis ex eo præcipuè deducitur, quod dicitur *in eodem §. si quis autem ff. de damn. infect.*, nempè debitorem ex illo primo decreto non priuari possessione rei, cum non sit firmatum ius creditoris.

Debitor ex illo primo decreto non priuatur possessione.

Respondeo tertiò, ea, quæ dicta sunt in prima respōsione, verificantur potissimum in creditore ex contractu immisso in possessionem, non sic autem in creditore ex vltima voluntate ex titulo, vt in possessionem legatam. Colligitur *ex l. is cui §. legatorum ff. vt in possess. legat.*, vbi facta suppositione, quod quis, Caius v. gr. instituerit hæredem, & Caio legata reliquerit, vel fideicommissa, dicitur, quod, si legatarius, vel fideicommissarius petierit sibi caueri cum satisdatione per hæredem de legatis, seu fideicommissis sibi soluendis, & hæres non cauerit, ex quo legatarius missus est in possessionem rerum hæreditariarum, absolutè dicitur, quod legatarius *non incipiat haberi pro domino, nec tàm possessio rerum ei, quàm custodia datur. Neque enim expellendi haredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, vt saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat haredi cautionem*, vbi glosa elegantèr aduertit, quod semper diuersa est possessio hæredis à possessione legatarij, seu fideicommissarij, quia *hares verè possidet, legatarius tantum custodit*, nisi eidem legatario detur in solutum, quod dicitur esse secundum decretum, tunc enim fit dominus *l. 2. in fin. ff. si ex nox. caus. agatur*, vndè ad rem nostram in ead. *l. is cui §. legatorum, ff. vt in possess. leg.* optimè subditur, *Et ratio quidem est haredem cogere agros, & fructus colligere, sed custodire legatarium fructus oportebit, ne ab harede consumentur.* Hoc idem, quod dicitur in hoc textu habetur etiam *in d. l. si finita §. si quis autem, ff. de damn. infect.*, vbi habetur. *Dominum de possessione non decedere, sicuti ne cum creditores, vel legatarij mittuntur in possessionem.*

Iura, quibus innititur responsio.

Hæres possidet, legatarius custodit.

Respondeo quartò. In hypothesi, qua creditor ex contractu immissus in possessionem ratione præcedentis crediti puri, & liquidi potest agros locare, & fructus colligere iuxtà superius dicta, nec tamen locat, cum potest, nec fructus colligit, debet sibi imputare, & eosdem in sortem computare *Glosa, Bartolus, & alij in l. 1. §. 1. ff. de*

ff. de bon. aut. Iud. pos., *Negusantius de pign. in 5. membr. 5. part. num. 6.*, & ratio ex eo deducitur, quia ex eo, quod percipere potuit, & non percepit, dicitur teneri actione ex dolo *l. dolus ff. mandati*.

Dubia proposita circa præcedentèr dicta.

Hic pro complemento eorum, quæ in hoc paragrapho inquiruntur, multæ suboriuntur difficultates, & primò, an creditor ex contractu ratione præcedentis crediti liquidi, & puri immissus in possessionem possit rem illam locare, quantumuis præcedentèr per debitorem res illa fuerit locata. Secundò ad quodnam tempus talis creditor possit locare. Tertiò, an si plures ex eadem causa fuerint in possessionem immissi, possent omnes simul locare, & quid in eorum discrepantia. Quartò quomodo intelligendus sit textus *in l. in vendit. §. 1. ff. de bon. aut. Iud.*, dum asserit posse creditorem vendere, & locare, nam intelligitur dumtaxat acquisita possessio, non ius plenum.

7 Ad primum absolutè asserendum est, non posse creditorem sic immissum locare, sed teneri stare colono conducto per debitorem *Alexand. cons. 218. nu. 8. lib. 5.*, *Hieron. Magon. Rot. Lucan. quæst. 7. num. 8.*, *Iacob. Rimin. cons. 664. vol. 4.* Expressè colligitur *ex d. l. in venditione §. 1. ff. de bon.*, vbi sic legitur, *sed hoc ità demum, si non ante venierat, neque locatus, erat; nam si iam à debitore, vel locatus erat, vel venierat, Prætor venditionem, & locationem seruabit à debitore factam*, quod etiam procedit, quantumuis locatio facta sit pro minori pretio, nisi hoc factum fuerit in fraudem creditorum, hocque adeo verum est, vt teneatur stare colono, quod non possit, etiam si velit, locationem illam antecedentèr factam per debitorem rescindere ex vi *l. 2. C. de rescind. vendit.*, vt videtur optimè adnotasse *Glosa in d. l. in vendit. §. 2. in verb. minoris*, & *Aries Pinellus in l. 2. part. 1. cap. 3. sub num. 35. C. de rescind. vendit.*

8 Ad secundum dicendum est, creditorem immissum in possessionem ex primo decreto non posse locare ad longum tempus, sed dumtaxat ad modicum *Baldus in auth. ei, qui num. 62. C. de bon. auth. Iud. pos.*, *Iason cons. 24. n. 1. vol. 1.* Ratio ex eo potest deduci, quia locatio ad longum tempus sapit naturam alienationis per ea, quæ alibi dicta sunt, creditor autem immissus ex primo decreto nec vendere, nec alienare potest *Carocius loc. cit. n. 14.* Quale autem, & quantum possit esse tempus, ad quod creditor immissus in possessionem possit locare, remittitur arbitrio creditorum, dummodo non excedat tempus ad locationem requisitum. Vt habetur *ex d. l. in venditione §. si quis fructus ff. de bon. aut. Iud.*, vbi sic legitur. *De tempore locationis nihil Prætor locutus est, & ideò liberum arbitrium creditoribus datum videtur quanto tempore locent*.

Locatio ad longũ tempus sapit naturam alienationis.

9 Ad tertium dicendum est, quod, si omnes immissi in possessionem ex primo decreto conueniant ad locandum tertiæ personæ, tunc per omnes fiat locatio; si verò fuerint discordes, tunc eligendus est per Iudicem cognita causa, qui locare debeat. Colligitur expressè *ex d. l. in venditione, §. si quis fructus ff. de bon. aut. Iud. in verb. si vnus*, ibi - *si verò non conuenit, tunc dicendum est, Prætorem causa cognita eligere debere quis locet, vel vendat*.

Index dirimit cõtrouersiã.

Ad quartum dicendum est, quod, quamuis per immissionem in possessionem ex primo decreto competat solummodò creditori possessio, nihilominus dicatur posse locare, & vendere non accepto in rigore nomine venditionis pro alienatione secundum plenum ius, sed accepta venditione pro iure percipiendi fructus ad tot annos pro certa mercede, qua ratione est similis locationi; atque iuxtà hunc sensum explicat textum *Carocius loc. cit. num. 18.*

Nomine venditionis non venit trãslatio substãtiæ, sed facultatis ad fructus.

---

§. XX.

An, si creditor immissus ex primo decreto habitet domum, computare teneatur pensionem.

SVMMARIVM.

Exponitur status difficultatis. 1.
Opinio Negusantij, eiusque fundamenta. 2.
Creditor immissus in possessionem domus ex primo decreto habitans domum debitoris cum illo, si aliam domum non habuerit, vbi posset habitare, vtique tenetur fructus habitationis computare in sortem. 3.
Creditor immissus ex primo decreto, si aliam domum habuerit, quam commodè posset incolere, habitando in domo debitoris non tenetur pensiones computare in sortem. 4.
Satisfit rationi dubitandi, seu oppositis. 5.

Disquisitio XX. Caius creditor Antonij centum nummorum aureorum agens in iudicio ad exactionem sui crediti ex primo decreto immissus fuit in possessionem domus eiusdem Antonij, simulque cum eodem in ipsa habitauit. Orta postea fuit controuersia, an idem Caius, qui sic habitauit, teneretur pensionem computare in sortem. 1

Et quidem videbatur ex superiùs dictis teneri, huiusmodi pensionem computare, quandoquidem quando creditor non est immissus, vtique computat, ergo etiam debet computare immissus, cum præcipuè ista vtilitas habitationis, quam percipit, computatur inter fructus rei; atque ità sentire videtur *Negusant. de pignor. in 5. memb.* 2

T

memb.5. part. sub nu.7., qui aduersus Baldum contrarium sentientem *in l. si is, qui §. 1. ff. de pignor.*, allegat hunc eundem textum *in l. si is, qui*, quem asserit expresse eidem aduersari, nec quidem immeritò, quandoquidem in illo textu sic legitur *Si in fundum, aut in ædes aliquis inducatur, eousque possessionem retinet pignoris loco, donec illa pecunia soluatur, cum in vsuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque*; ibiq; subdit Glosa, *nam per missionem in possessionem ex decreto contrahitur pignoris obligatio iudicialis l. si decreto C. qui pot. in pign. hab., & l. non est ff. de pign. act.*

Variæ inspectiones circà casũ. Pro solutione aduerte, an ille, qui immissus dicitur in possessionem ex primo decreto, aliam domum habuerit, in qua posset habitare, nec ex necessitate aliam fuisset conducturus, si ex primo decreto in hanc debitoris non fuisset immissus, an verò aliam non habuerit, adeovt sine illa fuisset compulsus conducere, cum sine habitatione non possit viuere, prout asserit *Glosa in d. l. si is, qui §. 1. ff. de pignor. in verbo habitando ex l. legata ff. de aliment., & sibi leg., & l. sed, & si §. adeo ff. de petit. hæred.*, quibus rectè pro notitia perpensis.

3 Respondeo primò, si creditor immissus in possessionem ex primo decreto habitauerit domum debitoris simul cum illo, nec aliam domum habuerit, vbi posset habitare, adeovt ex necessitate fuisset aliam conducturus, vtique teneretur commoda, seu fructus habitationis computare in sortem sui crediti *Negusant. de pignor. in 5. membr.5. part. sub num. 7., Sebast. Medic. de compensatio part.1. qu.9. num.11., Alexander cons.111. in fin., & 151. in fin. vol. 5., Aret. in l. gessit col.2. ff. de acquir. possess.* Ratio ex eo deducitur, quia creditor habitando dicitur fructus percipere *l. si is, qui §. 1., & ibi Bartolus ff. de pignor., & Speculat. in tit. de pignor. vers. quid si obligasti Alexander cons. 141. n.7. lib.5., Negusantius de pignor. part. 6. membr.3. num.7., Ioannes Lupus in tract. de vsur. in comment. ad c. nauiganti §. 6. n.135.* dicunt expresse, quod creditor fructus teneatur compensare in sortem, & considerantur isti fructus, quãtum creditor expensurus fuisset in conducendo aliam domum, si eam debitoris non habuisset; sed immissus in possessionem ex primo decreto propriè dicitur habitare *d. l. si is, qui §. ff. de pig.*, & ex eo, quod non habeat aliam domum, quam incolat, non potest ibi dici immorari in tædium debitoris, sed propriè habitare, cum nemo sine habitatione viuere possit iuxtà allegata *in d. l. si is, qui §. 1. ex l. legata ff. de alim., & tib. leg., & l. sed, & si §. adeo ff. de pet. hæred.*, & habitando dicitur fructus percipere *Bartolus in d. §. adeo ff. de pet. hæred.*; non enim ita moratur, vt præcisè aggrauet debitorem, sed etiam, vt se eximat ab onere solutionis pensionis per conductionem alterius domus, quam ex necessitate debuisset conducere ad habitandum, ergo, cum dicatur fructus percipere, tenebitur eosdem computare in sortem saltem ad eam quantitatem, quam ipse creditor fuisset expensurus in conducendo aliam domum &c.

Habitando fructus percipit.

Habitat, vt se eximat à cõductione alterius domus.

Respondeo secundò, si creditor immissus in possessionem ex primo decreto aliam domum habuerit, quam æquè commodè posset habitare, immorando in eadem domo simul cum debitore non tenetur pensiones computare in sortem. In hoc textu præcisè existimo locutos *Baldum in d. l. si is, qui §. ff. de pignor., & in auth. ei, qui num.64. C. de bon. auth. iud. possid., Alex. cons. 141. in fin. vol.5., Carocium de loc., & cond. part.2. sub tit. de creditore qu.6. num.3.* Ratio ex eo deducitur, quia in hac hypothesi, cum creditor aliam habeat domum, quam commodè potest habitare, nec eandem alteri locet, vt inhabitet domum debitoris rationabilitèr præsumitur, quod ibi moretur ad afficiendum tædio perpetuæ custodiæ debitorem, vt ab eodem extorqueat cautionem, seu solutionem, in quo sensu dicit *Alexander eod. cons.141. in fin. vol.5.*, quod missus ex primo decreto non dicatur, ibi habitare, sed morari in tædium debitoris, atque in hoc verificatur id, quod asserit *Carocius de locat., & conduct. part.2. sub tit. de creditore qu.6. n.2.*, quod citatio creditoris facta ad domum debitoris, quando ibi solum moratur, vt immissus ex primo decreto, non teneat. 4

5 Ex his patet, quid respondendum sit ad id, quod in principio afferebatur, scilicet creditorem non immissum ex primo decreto, & habitantem teneri pensiones computare in sortem, adeoque etiam videri teneri, quando est immissus ex primo decreto. Patet, inquam, quid sit respondendum, scilicet esse disparem rationem fundatam in eo, quod creditor non immissus non sit potest dici, quod teneat, seu moretur ratione custodiæ præcisè, sed quod propriè habitet non ad afficiendum tædio debitorem, sed ad commodum ex illa habitatione percipiendum; immissus verò, cum habeat ex ipso decreto ius ad talem custodiam, & immorandi ad tædium debitoris, & cum ex alia parte habeat, quo commodè possit habitare, præsumitur, quod potiùs ibi moretur ad tædium, quam habitet ad commodum, adeoque &c.

Rationi oppositæ satis.

---

§. XXI.

An creditor ex causa damni infecti immissus ex secundo decreto aduersus conductorem acquirat plenum ius.

SVM-

SVMMARIVM.

Explicatur status difficultatis. 1.
Creditor huiusmodi non acquirit, nisi ius conductoris. 2.
Ius conductoris in quo consistat: 3.
Casus possidere per cautionem non praestitam habet ius vsucapiendi. 4.

1 DIsquisitio XXI. Ex causa damni infecti creditor erat Antonius aduersus Caium conductorem. Egit aduersus eundem in iudicio, & reportauit secundum decretum, ex quo immissus est in possessionem. Quaeritur iam, quodnam ius acquisierit ex illo secundo decreto? an plenum ius in re locata, an verò solummodò ius conductoris sine praeiudicio domini directi, & quidem prima fronte videbatur, quod plenum, & perfectum ius acquisierit, cum per secundum decretum quis efficiatur absolutè dominus rei *l. 2. in fin. ff. si ex noxa. caus. agatur.* Nihilominus

In quo sita sit difficultas.

2 Respondeo, non acquirere, nisi ius conductoris. Colligitur expressè ex textu *in l. si finita §. si de vectigalibus ff. de damn. infect.* vbi expressè Immola sic habet. *Si fiat missio contra illum, qui habet in se dominium, vel quasi, & tantum transfertur per secundum decretum, non autem transfertur directum dominium, vel quasi, quod benè transfertur, si secundum decretum interponeretur contrà ipsum habentem directum dominium, vel quasi,* quod etiam exprimit ibi Bartolus *Contumacia eius, qui fundum vectigalem habet non praiudicat domino, quoad secundum decretum, sed ipsius Domini contumacia requiritur;* nec quidem incongrua ratione, quia factum conductoris non potest nocere domino. Hoc autem ius conductoris in eo consistit, quod dicat possessionem colonariae facultatis, quae, vt notat Baldus, dicit quandam asininam detentionem cum iure ad fructus percipiendos, in quam certè ipse creditor immittitur tanquam in re incorporali, sine iure vsucapiendi, seu praescribendi stante scientia alienitatis rei, quae ciuilitèr non possidetur.

3 In quo consistat ius conductoris.

Haec, quae dicuntur, procedunt singulariter de domo vectigali, haec autem dicitur potissimum, quam quis à fisco conducit, quandiu soluat pensionem *l. 1. ff. si ager vectigalis Glosa in d. l. si finita §. si de vectigalibus verb. vectigalibus ff. de damn. inf. et.*, & transit etiam in successorem *l. imperator, ff. de public., & vectigal., Bartolus in l. si quis domum, §. fin. ff. de legat. 1.*

Procedũt potissimum de domo vectigali.

4 Hic oritur ratio dubitandi, an, si quis ex causa damni infecti petierit sibi à domino domus locatae caueri, & immissus fuerit aduersus eundem per secundum decretum, acquisierit ex eodem secundo decreto plenum, & directum dominium. Cui satisfacit *Glosa in d. l. si finita §. si de vectigalibus ff. de dam. infect.*, vtique acquirere dominium per vsucapionem, quatenus incipit praescribere *l. hoc amplius §. celsus, & l. bis, qui ff. de dam. infect.*, vbi dicitur, quod iussus possidere per cautionem non praestitam potior sit pignoratitio creditore, & habeat ius vsucapiendi.

§. XXII.

Cuius sint fructus rei venditae, sed nondum solutae, sed per emptorem conductae.

SVMMARIVM.

Proponitur status controuersiae. 1.
Si res empta, & per emptorem conducta, donec &c. fuerit talis, vt sit fruct fera naturalitèr., tunc fructus cedunt ipsi emptori. 2.
Si res empta fuerit talis conditionis, & qualitatis, vt non afferat, nisi fructus ciuiles, fructus cedunt ipsi venditori. 3.

DIsquisitio XXII. Emit Titius à Caio res quasdam secundum se locabiles, & transferibiles facta conuentione de certo, & determinato pretio, sed, cum Titius non haberet paratam pecuniam, qua res illas per se emptas solueret, conuenit cum eo dem Caio, vt quousque pretium conuentum persolueret, res illas, vt conductas haberet. Hic orta fuit controuersia, cuiusnam sint fructus rei emptae pro tempore ante solutionem pretij conuenti in contractu emptionis, & venditionis. Pro solutione. 1

Dilucidatur in quo consistat difficultas.

Aduerte, cuiusnam conditionis, seu qualitatis sint res, quae dicuntur emptae, & conductae, vsque ad solutionem pretij conuenti in emptione; vel enim tales sunt, vt secundum se afferant fructus naturales, seu industriales, cuiusmodi sunt agri, praedia, & similia; vel tales, vt secundum se fructus naturales non afferant, sed dumtaxat ciuiles, cuiusmodi sunt pensiones ex domibus locatis, & operae eorundem ex seruis conductis. In ordine ad secundum hoc duplex genus discutietur titulus; pro quo

Considerationes circà res locabiles.

Respondeo primò, si res empta fuerit talis conditionis, & qualitatis, vt fructus naturales, & industriales afferat, hi cedunt ipsi emptori. Ita expressè *Caroctus de locat., & conduct. part. 2. sub tit. creditoris qu. 16. num. 3., & 4.* Haec responsio colligi potest *ex l. Iulianus §. ex vendito vers. possessionem autem ff. de act. empt.*, quam latè commendat *Castrensis in dicto §. ex vendito ff. de act. empt.* Ratio autem ex eo posse deduci videtur, quia ex quo res vendita facta conuentione de determinato pretio, & res ipsa est concessa emptori iam absolutè 2

eadem res transijt sub dominium eiusdem emptoris, ergo fructus, qui naturalitèr, seu industrialitèr ex ipsa consequuntur, cedere debent eidem emptori, non venditori. Consequentia patet, quia fructus rei ex lege ordinaria cedunt Domino eiusdem rei. Confirmatur, quia, si tales fructus cederent venditori, ex sola temporis dilatione consequeretur fructus, qui sibi aliundè non essent debiti; non enim consequeretur ratione eiusdem rei venditæ, quandoquidem hæc quoad plenum ius supponitur translata in emptorem, nec ratione pretij nondum soluti, quia iam esset ex sola temporis dilatione, quod ex alibi dictis vsurariam redolet prauitatem.

Fructus regularitèr cedūt domino rei.

Alitèr venditor ex sola temporis dilatione acquireret lucrū.

Dices primò, venditorem consequi illos fructus non præcisè ratione dilationis temporis in soluendo pretium, sed quia, cum non teneatur rem venditam tradere, nisi quando pretium eiusdem sibi persoluitur, iam priuatur in fauorem emptoris fructibus, quos posset percipere tempore intermedio inter conuentionem venditionis, & solutionem pretij. Sed contra, quia duplicitèr potuit fieri illa conuentio de venditione expectato pretio; Primò, quatenus conuentio ita sit facta, vt quando emptor contulerit pretium, tunc venditor teneatur rem venditam transferre. Secundò, quatenus conuentio sit facta absolutè data fide per venditorem quoad pretium rei venditæ pro futuro ad tempus determinatum soluendum. Primò modo conuentio, seu venditio non est simplicitèr absoluta saltem quoad consumationem, sed conditionata. Secundò modo venditio est absoluta, &, si tunc res tradatur emptori, confertur cum pleno iure, & dominium cum solo onere respectu emptoris soluendi pretium tempore conuentio; supponitur autem in præsenti hypothesi, quod res fuerit vendita iuxtà hunc secundum sensum, secundum quem, cum res eadem fuerit vendita, & habita fides de pretio, & tradita, est translatum dominium in emptorem *l. traditionibus C. de pactis*, *§. per traditionem Instit. de rerum diuis.*, quinimmò, & possessio ciuilis, & naturalis, cum per traditionem supposito titulo per venditionem consolidetur eadem possessio ciuilis cum dominio.

Duplex modus, quo fieri potest cōuentio de venditione expectato pretio.

Dices secundò, huic nostræ responsioni obsistere dispositionem iuris, *ex l. serui emptor ff. de per., & comm. rei vendit*, vbi sic legitur. *Serui emptor, si eum conductum rogauit, donec pretium solueret, nihil per eum seruum acquirere potuit, quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur à venditore*, ergo fructus rei locatæ, ante solutionem pretij cedunt venditori non emptori. Sed contrà respondet hic Glosa assignando specialem rationē in hoc textu *ad l. serui emptor*, quod hic non fuerit tradita possessio ciuilis, in suppositione autem responsionis nostræ supponitur vtraq; possessio translata, scilicet naturalis, & ciuilis in emptorem, iuxtà quem sensum militat textus *in d. l. Iulianus §. possessionem ff. de act. empr.* Aliam etiam disparitatē assignat 5
eadem Glosa, quia aliud est in seruo, vt *in hac l. serui emptor ff. de peric.*, *& comm. rei vendit.* in quo non habentur fructus, nisi ciuiles, aliud in fundo, vt *in d. l. Iulianus §. possessionem ff. de aut. empti*, in quo habentur fructus naturales, seu industriales.

Explicatio accomoda ad textū in l. serui emptor ff. de peric., & cōmodo rei vēdit.

Respondeo secundò, si res empta fuerit talis conditionis, & qualitatis, vt non afferat, nisi fructus ciuiles iuxta superiùs prænotata, & precario tradita emptori, fructus cedunt ipsi venditori, non emptori. Hanc expressè tenet *Carocius de locat.*, *& conduct. part. 2. sub tit. creditoris qu. 16. n. 4.*, & præcipuè colligitur *ex l. serui emptor ff. de peric.*, *& com. rei vend.* Non immoror in hac re, quandoquidem exigit altiorem indaginem de qua erit sermo infra vberior.

---

§. XXIII.

An videns, & tacens in locatione rei propriæ facta per alium intelligatur saltem mediatè locare, seu consentire locationi per alium factæ.

SVMMARIVM.

Status difficultatis, eiusque explanatio. 1.

***Videns, & tacens, si contractus per alium initus sit fauorabilis sibi, præsumitur tacitè per eundem contrahere, secus si contractus prauideatur eidem noxius.* 2.**

***A fortiori dominus videns, & tacens supponitur tacitè consentire contractus per alterum inito, sit posuerit aliquem actum positiuū.* 3.**

DIsquisitio XXIII. Detinebat, vel titulo depositi, vel aliquo alio non translatiuo dominij Caius rem Francisci, cumque 6
rogatus fuisset Caius à tertia quadam persona, vt sibi rem illam ad certum tempus locaret, præsente, & tacente Francisco domino eiusdem rei illi personæ postulanti tradidit ad locationem facta conuentione de certo, & determinato pretio. Hic orta fuit controuersia, an ex eo, quod Franciscus præsens fuerit locationi, & tacuerit, intelligatur saltem mediatè per Caium detentorem propriæ rei contraxisse.

Hæc controuersia in terminis affinibus supra agitata est, ex quibus deduci posse videtur resolutio quæstionis in terminis præsentibus, secundum quos prima fronte videtur asserendum, vtique Franciscum præsentem, & tacentem mediatè contrahere *per reg., qui tacet de reg. iuris in sexto*, quod corroborari potest ex eo, quod, si Tutor nominet aliquem fideiussorem, qui patiatur

Tacens, & sciens videtur regularitèr consentire.

nomen

nomen suum in actis describi, & non contradicat, vtique hic nominatus videatur consensisse, & per solemnem stipulationem se obligasse *l. 4. §. fin. ff. de fideiuss. tut.*

2 Respondeo tamen, cum distinctione, vel enim talis contractus præsumitur vtilis eidem Francisco Domino præsenti, & tacenti, quatenus sine aliquo sui detrimento sit pensiones ex illo consecuturus, quas consequi non potuisset, si rem illam penes Caium detinuisset, vel titulo depositi, vel aliquo alio non translatiuo dominij, vel eidem præsumitur onerosus, & noxius, quatenus stante illa locatione re illa pro tempore suæ necessitatis, quam iuste, & rationabiliter præsumitur præuidere, non poterit vti. Si primo modo res se habeat, vtique tacendo sentiendum existimo tacitè, & mediatè contrahere, secus si secundo modo res se habeat. Primæ parti huius distinctionis fauere videntur, quotquot sustinent in fauorabilibus taciturnitatem præsumi pro consensu. Secundæ parti fauent *Glosa in l. inuitus, & l. filius familias ff. de procurat., Baldus, & Salicetus in l. 1. §. magistrum ff. de exerc. act., Tiraquell. de retract. lignag. §. 9. glos. 3. nu. 14., Alexander in l. sæpe col. 2. ff. de re iud., Curt. Iun. in l. cum proponas num. 2. C. de pactis, Iason in l. fundum per fideicommissum num. 1. ff. de legat. 1., Ioann. Crot. in l. filio familias §. Diui n. 163. ff. de leg. 1., Cassador. decis. 3. num. 1. de rescriptis, Castrensis in l. interdum ff. rem ratam haberi*. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia tacens consentire videtur in ijs, quæ ad ipsius commodum tendunt *l. si quidem ff. de except., Baldus in l. Caius ff. de excus. tut., Angelus in l. si cum dos in princ. ff. de act. rer. amot. in l. si ex pluribus in fin. ff. de solut., Alexander in l. 3. col. 1. C. de repud. hæred.*, vndè etiam dicitur, quod taciturnitas eius, pro quo alius contrahit, habeatur pro ratificatione, si contractus ipsi sit vtilis *Bartolus post glos. in l. quo enim in princip. ff. rem ratam haberi not. in l. si filius ff. ad macedonianum*; nec incongrua sanè ratione, quandoquidem quisque præsumitur a sibi vtilibus non dissentiri.

Responsio ad dubium, cũ distinctione notabili.

In fauorabilibus taciturnitas habetur pro consensu.

3 Hæc, quæ dicta sunt quoad hanc partem à fortiori verificarentur, si dominus vltrà taciturnitatem aliquem actum positiuum adderet, quia tunc magis videretur firmare locationem, vt si reciperet pensiones, *Abbas in c. cum primo in tertio not. de regul. in c. non iniustè col. penult. de procurat., Veron. caut. 24., Iason in l. qua dotis n. 96. ff. solut. matrim., Pedemon. decis. 132. n. 10., Crauet. de antiquit. temp. vers. de viso fol. 51. n. 23.*

Ratio secundæ partis ex ijs deducitur, quæ supra diximus, quibus adde, quod, si contractus contineat odium tacentis, taciturnitas non habetur pro consensu, nec pro ratificatione *l. procurator, §. fin. ff. ad exhiben.*, *& l. quo enim in princip. ff. rem ratam haberi*, & tacens, cum de ipsius damno, & præiudicio agitur dissentire videtur, non autem probare acta *l. qui vasal. § vesuro ff. de furt. Paulus Castrensis in l. interdum n. 3. ff. rem ratam haberi, Glos. in l. Caius vers. non obesse ff. de pign. act.*, & cum agitur de aliquem obligando, taciturnitas non inducit consensum *Glos. in d. l. inuitus, & in l. filius familias ff. de Procur., & in l. qui patitur ff. mandati*.

In odiosis taciturnitas non habetur pro consensu.

Nec obesse potest textus *in l. 4. §. final. ff. de fideiuss. tut.*, vbi videtur agi de præiudicio eiusdem fideiussoris, & nihilominus dicitur, quod obligetur per consensum, & per solemnem stipulationem, si patitur nomen suum in actis describi. Non, inquam, obesse potest, quia in hypothesi dicti textus non interuenit simplex taciturnitas, sed geminata in eo, quod ipse fideiussor non solum tacet nominationi de se ipso factæ, sed etiam scriptioni proprij nominis in actis, geminata autem taciturnitas in ijs, quæ sibi nocere possunt, æquiparatur consensui, maximè si taciturnitas præsentis sit quoad scriptionem proprij nominis, vnde dicitur, quod taciturnitas eius, qui patitur se scribi executorem testamenti, eidem noceat, ne excusetur, vt est in confesso penes omnes scribentes.

Geminata taciturnitas habetur pro consensu.

---

§. XXIV.

De locatione facta cum iure recedendi, si per alium facta fuerit melior oblatio.

SVMMARIVM.

Explicatur hic specialis modus contrahendi. 1.
Refertur ratio potissima dubitandi. 2.
Fructus antecedentèr percepti ad meliorem oblationẽ cedunt conductori, non locatori. 3.
Satisfit rationi dubitandi. 4.

Disquisitio XXIV. Caius locauerat Theodorico ad triennium quandam bonorum vniuersitatem facta conuentione de certa pensione determinato tempore persoluenda, quacunq; penitùs exceptione remota remissionis, & defalchi ex quocunque casu etiam inopinato, & insolito, cum in se Theodoricus susceperit quodcunque periculum. Rursus adiectum fuit pactum ab eodem Theodorico acceptatum, vt, si eidem Caio locatori obuenerit, qui meliorem faceret eiusdem conditionem, licitum esset eidem à priori contractu recedere, & plus offerenti rem locatam concedere. Euenit, vt post decem menses ab inita prima locatione facta eidem Theo-

Exponitur, quomodo quæstio sit accipienda.

Theodorico secuta iam omnium fructuum collectione, & soluta pro rata illius temporis conuenta pensione, fructus ipsi collecti per eundem Theodoricum in æstimatione, & valore plurimum creuerit. Hoc tempore eidem Caio per Franciscum oblata est melior conditio quoad illa bona locata Theodorico; qua stante meliori conditione vigore pacti initi cum eodem Theodorico recessit à priori locatione, remque, seu res locatas tradidit secundo conductori, nempè Francisco. Hic orta fuit controuersia, cuinam cedant fructus illius prioris anni per Theodoricum collecti, an eidem, an verò locatori. Latè proponit, & examinat hanc difficultatem nunc *Eminentiss. Ioann. Baptista de Luca lib. 4 sub tit. de locat., & conduct. discurs 47. per totum*.

Exponitur potissima ratio dubitandi.

Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod illa locatio prima facta sub tali pacto videtur facta sub conditione addictionis in diem; in casu autem pacti addictionis in diem concepti per viam conditionis cedant in fauorem concedentis fructus medij temporis *l. vbi autem 4. l. item 9. ff. de in diem addict.*, quandoquidem in textu *l. vbi autem* sic legitur, *vbi autem conditionalis venditio est negat Pomponius vsucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere*, & in textu *l. item 9.* sic legitur. *Si verò existat emptor posterior fructus refundere priores debere constat venditori*, & licet in his textibus sermo sit de venditione, non est tamen ambigendum, quin dispositio sit etiam extendenda ad terminos locationis, tum quia locatio, & conductio regulantur norma emptionis, & venditionis iuxtà superius passim allegata, tum quia crebriùs huiusmodi pacta addictionis in diem interueniunt in contractu locationis, & conductionis, quam in contractu emptionis, & venditionis. Nihilominus his minimè negotium facescentibus.

Respondeo illos fructus antecedentèr perceptos cedere conductori, non locatori. *Idem Eminentiss. Ioannes Baptista de Luca loc. cit. n. 7.* Ratio autem ex eo deducitur, quia illud pactum expositum in facti serie non est conditionatum, nisi relatiuè ad tempus, pro quo offerretur eidem locatori melior conditio, nec suspendit fructus præcedentes, sed dumtaxat futuros post tempus dictæ melioris oblationis, & recisionis contractus dependentèr ab illa, ergo illi fructus antecedentèr percepti cedere debent conductori, qui iam percepit, & soluit conuentam pensionē, non locatori. Antecedens probatur, quia locator non concessit rem locatam, si non offeratur melior conditio, sed concessit quousque eadem melior conditio offeratur, qua posita oblatione voluit posse recedere à priori locatione, ergo illud pactum non est conditionatum, nisi relatiuè ad tempus, quo facta fuerit talis maior oblatio, & antecedentèr ad illud erit omninò absolutum.

Illa conductio nō est cōditionata, nisi relatiuè ad tempus melioris oblationis.

Vlteriùs responsio sic euincitur, quia, si pro illo tempore antecedenti ad illam maiorem oblationem ex quocunq; casu etiam inopinato, & insolito conductor fructus ex re conducta non percepisset, etiam obueniente casu melioris oblationis teneretur idem conductor pensiones conuentas persoluere, ergo etiam, si pro illo tempore antecedente ad illam maiorem oblationem ipse conductor fructus perceperit eosdem fecisse suos præsumendus est. Consequentia tenet, quia ex eo, quod conductor ex quocunque casu etiam inopinato, & insolito veniente damno, siue in re locata, siue in fructibus teneatur erga locatorem ad compensationem damni, & solutionem perfectam pensionum, arguitur, quod concessio non fuerit conditionata, & suspensiua, (cæteroqui iniqua est, & noxia conductori, cum in conditionibus non seruaret æqualitatem, conductor etenim in quocunq; casu subiaceret periculo damni, & in quocunque casu non gauderet spe lucri, sicque esset contractus leoninus,) sed modalis, & resolutiua eueniente postea casu melioris oblationis. Hæc omnia maximam vim habent *in l. quoties 2. ff. de in diem addict.*, vbi sic legitur, *nam si quidem hoc actum est, vt meliore allata conditione ab emptione discedatur, erit pura emptio, quæ sub conditione resolueretur, si autem hoc actum est, vt perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur, erit emptio conditionalis*, vndè *Glosa in hac l. 2. verbo conditionalis*, enumerat varios casus, ex quibus dignosci poterit, quando venditio, vel locatio sit pura, vel quando conditionalis. Ad hanc materiam vide *Socin. in l. quibus diebus §. quidam Titio 2. col. ff. de condit., & demonst, & latè Parif. cons. 92. col. 2., & 3. lib. 3., & cons. 5. n. 24. lib. 4.*, vndè meritò *Glosa in l. 1 ff. de in diem addict.*, asserit, quod in contractu dicatur, *si alius offerat mihi meliorem conditionem res sit inempta, vel discedatur à contractu*, sit venditio, vel locatio pura, sed resoluatur sub cōditione, quasi voluerit rem illam semel esse emptam, & conductam, & si est discedendum, iam supponitur, quod semel factus fuerit accessus, & ita actus, qui potest resolui, iudicatur tamen, vt purus. Vide multa per *Decium cons. 279. col. 2., & cons. 308. col. 3.* Quamobrem in simili materia ad dignoscendum, an contractus sit conditionalis, an purus, licet sub conditione resoluendus, attendenda sunt verba, quibus fuerit conceptus; si enim dicatur *perficiatur emptio, vel locatio, si non offeratur melior conditio*, tunc præcisè est conditionalis, & suspenditur, donec non fuerit completa conditio melioris oblationis; si verò dicatur sit inempta, vel discedatur, vt supra, tunc

Nō esset æqualis vtriusq; contrahentis conditio, si diuersimodè res se haberet.

Quomodo noscatur cōtractus conditionalis, & purus.

tunc est pura, & resoluenda tantum sub conditione; Ex quibus omnibus optimè infertur in eodem textu *l. quoties 2. ff. de in diem addict.*, quod, si venditio, vel locatio sit pura, licet sub conditione resoluenda, ille, cui res in diem addicta est, vsucapere possit fructus, & accessiones lucrari, & periculum ad eum pertineat, si res intereat.

4 Ad id, quod dicebatur in ratione dubitandi, patet, quid sit respondendum; attendendum quippè est, an pactum fuerit inductum per modum conditionis suspensiuæ, an verò per modum dispositionis modalis, vt rectè notarunt *Hermosil ad Lopez tit. 5. l. 40 glos. 1. n. 16.*, *Capone de pactis q. 7. n. 35.*, *Larrea decis. 83. num. 4.*, *Castillus lib. 5. controu. 109. num. 4.*, *Rota Roman. decis. 21. apud Post de subbastat.*, si enim conceptum fuerit per modum conditionis, in quo sensu accipiuntur disposita *in d. l. vbi autem, & l. item ff. de in diem addict.*, tunc certum est contractum suspensum manere vsque ad diem purificatæ conditionis; si verò fuerit conceptum per modum dispositionis modalis, in quo sensu procedunt disposita *in d. l. 2. ff. eod. tit.*, tunc certum est, nec contractum suspensum manere, nec fructus cedere locatori, seu venditori, nisi post tempus, quo resoluitur contractus, ex eo, quod euenerit casus melioris oblationis, & sic, sicuti pro tempore præcedenti periculum pertinet ad ipsum conductorem, ità pro illo tempore emolumentum habet eidem cedere, prout rectè ponderauit textus *in d. l. 2. ff. de in diem addict., & ibi glos. verb., & periculum.*

Contractus est côceptus per modum dispositionis modalis.

---

§. XXV.

An, & quando communitatibus competat priuilegium addictionis in diem præcipuè in contractu locationis.

SVMMARIVM.

Explicatur casus, & quod sit hoc priuilegium addictionis in diem. 1.

Inspectiones nonnullæ circa factum. 2.

Si contractus per rectores communitatis initus cum Theodorico non fuerit seruatis solemnitatibus à iure municipali, vel Principis præscripto statutis, vtiq; positis melioribus conditionibus possunt rectores recedere. 3.

Si nulla sint præscriptæ solemnitates, vel omnes fuerint seruatæ in celebratione contractus non competit communitati ius actiuum addictionis in diem aduersus Theodoricum conductorem. 4.

1 DIsquisitio XXV. Gaudebat Communitas Mediolanensis v. gr. possessione iuris priuatiui explanandi, & vendendi panem venalem. Per publicum edictum cedulas exposuit pro locatione eiusdem iuris incipienda à Kalendis Ianuarij, & duratura ad sex annos ea addicta conditione, vt si quis meliores conditiones obtulerit eidem ius illud deliberabitur. In cõcursu plurium melior fuit inuecta oblatio Theodorici, qui obtulit v. gr. libras imperiales sexdecim mille ad singulos annos, quibus durabit locatio. Post factam deliberationem per Rectores eiusdem communitatis in fauorem Theodori, hic magnis sumptibus, magnaque diligentia maximam frumenti quantitatem congessit necessarij ad appaltum, quem assumpsit. Sed cum, post aliquot dies à tali deliberatione, & congestione frumenti facta per Theodoricum compertum fuerit, quod frumentum ex nimia vbertate futurum esset minoris valoris, & pretij, & proindè rationabilitèr præsumeretur appaltum secundum oblationem factum a Theodorico futurum valdè lucrosum, alij meliores conditiones obtulerunt eidem Communitati, quæ propterea fuerunt ab eadem per suos Rectores acceptatæ. Hic orta fuit controuersia, an communitas iustè potuerit recedere à locatione facta antecedentèr ad fauorem Theodorici.

Explicatur ex professo status præsentis controuersiæ.

Ad dirimendam hanc controuersiam nonnullas inspectiones necessariò considerandas existimo, & primò, an illa locatio fuerit valida, ex eo, quod fuerint seruatę debitæ solemnitates requisitæ ad huiusmodi communitatum contractus, an verò inualida ex defectu huiusmodi solemnitatum. Secundò ex eo, quod communitates reputentur pro pupillis in hoc casu, an ex læsione sit eidem concedenda restitutio in integrum. Tertiò, an ex eo, quod meliores oblationes factæ fuerint, antequam per Theodoricum inciperetur locatio, quam ex dictis in facti serie inchoare non poterat, nisi ad Calendas Ianuarij, cum meliores oblationes factæ fuerint in principio Decembris intelligatur adhuc res integra, adeo vt sit locus priuilegio addictionis in diem. Quibus pro veritatis indagatione suppositis. 2

Variæ inspectiones ad clarius procedendum.

Adhuc considerandum est, an sint ex statuto, vel aliquo decreto Principis præscriptæ certæ, & determinatæ solemnitates ad contractus communicatum validè incundos, sine quibus contractus ipsi initi non subsisterent, & an re vera aliqua ex ijs solemnitatibus defecerit in illo contractu, de quo loquimur, an verò nullæ sit determinatæ solemnitates præscriptę, sed omnia reducantur ad ius commune, vel ad communem talis regionis consuetudinem, & an tale ius commune, seu solita consuetudo fuerit obseruata in celebratione talis contractus.

Res-

3 Respondeo primò; si contractus per Rectores communitatis celebratus fuerit sine solemnitatibus per ius municipale, vel per statutum Principis requisitis ad validitatem eiusdem cum eodem Theodorico vtique positis melioribus oblationibus per alios ab eodem Theodorico factis potest communitas ab eodem recedere, & conferre plus offerenti. Ità expressè *Eminentiss. Ioannes Baptista de Luca sub tit. de loc., & conduct. disc. 46. n. 3., & seq.* Ratio ex eo deduci potest, quia deficiente solemnitate aliqua requisita, vel ex dispositione iuris communis, vel municipalis, vel ex decreto Principis ad validitatem contractus, contractus ipse in sui substantia non subsistit, sed in sua radice omninò nullus est, ergo perindè est, ac si non fuerit initus, cum contractus nullus, & non initus quoad effectum paria sunt, sed quando contractus non est initus, & res adhuc in se ipsa absolutè integra est, communitas potest rem illam conferre meliores conditiones offerenti, vt per se patet, ergo etiam poterit conferre plus offerenti, quando contractus initus est, sed omninò nullitèr ex defectu solemnitatis requisitæ ad substantiam eiusdem contractus. Confirmatur paritate, quia, si res aliqua debitoris subhastetur ad hastam sic exigente, & instante primo creditore, & eadem res deliberetur ad fauorem vnius ex concurrentibus ad emptionem seruatis omnibus solemnitatibus non competit secundo creditori ius offerendi aduersus talem emptorem *Franch. decis. 69. Rota apud Duran. decis. 445., & in vna Bononien. pradij 15. Martij 1660. coram Benilaqua*, & tamen si in actu subhastationis non interuenerunt solemnitates de iure requisitæ ad substantiam venditionis ad hastam, quoad talem rem vtpotè adhuc integram eidem secundo creditori competet tale ius offerendi *Rota decis. 224. in Anchonit. coram Bicchio decis. 95. part. 9. recol. alias decis. 108. apud Postium de subhastat.*, ergo etiam, si res aliqua concedatur alteri titulo locationis, quamuis non competat ius locatori recedendi à contractu, si tamen non fuerint seruatæ solemnitatis à iure requisitæ ad validitatem eiusdem contractus, poterit idem recedere ab eodem contractu.

Contractus defectu solemnitatis in sua radice esset nullus.

Euincitur etiam paritate.

Hæc, quæ dicuntur in hac responsione, adeò vera sunt, vt non solum locum habeant in communitate ratione priuilegij actiuæ addictionis in diem, sed etiam in quocunque priuato præscindendo ab eodem priuilegio addictionis in diem, sed ex præcisa inualiditate contractus, vt rectè annotauit *idem Eminentiss. de Luca sub tit. de regalibus in vna Romana appaltus lignorum, & sub tit. de locat., & conduct. discurs. 46. n. 3., & seq.*, quando etenim contractus est nullus defectu formæ substantialitèr requisitæ, perinde est, ac si non fuerit initus, & æquè est nullus respectu priuati, ac respectu communitatis, & impertinentèr videtur requiri priuilegium ad recedendum, quando ius ipsum recessionem inducit, & nullitatem.

Hoc non esset præcisè ex priuilegio actiuæ addictionis in diem, sed ex præcisa inualiditate cótractus.

Respondeo secundò, si nullæ, vel ex iure municipali, vel ex decreto Principis præscriptę fuerint solemnitates ad substantiam contractus, & fuerint seruata omnia, quæ seruari in similibus contractibus sunt solita, non competit ius in data hypothesi actiuum addictionis in diem aduersus primum conductorem, etiam si ante incohationem locationis per alios factæ fuerint meliores oblationes. Ratio ex eo deduci potest, quia communitates habentes plenum dominium, & possessionem in rebus nō prohibentur contrahere, ergo si seruent solemnitates solitas obseruari in contractibus, quando aliæ præscriptæ non sunt, validè contraxisse præsumendum est; posito autem, quod validè contraxerint sine vlla restrictione, & sine pacto addictionis in diem non sunt amplius liberæ ad recedendum ex eo, quod eisdem fiant meliores obligationes, cæteroqui, ipsi contrahentes nunquam esse possent tuti de effectuatione contractus, sed semper anxij de eorum ante tempus futura recisione. 4

Celebrato absolutè contractu, nō est, cur nō debeat stat contractui.

Neque obesse potest, si asseratur primò, communitates reputari pro pupillis, & minoribus *l. nihil ff. ad municip. l. Rempub. C. de iur. Reipub. l. Respublica C. ex quib. caus. mai. Bartolus in l. 1. §. fin. paulo post princip. ff. quod cuiusq. vn. no., & in l. nulli in 1. col. in secundo not. eod. tit.*; sed minores, & pupilli gaudent in contractibus priuilegio addictionis in diem, vt notat *Eminentiss. de Luca sub tit. de regalibus discur. 81.* per alle gata ibid. ab eodem, ergo, & communitates, Non, inquam, obesse potest, quia quantumuis in multis æquiparentur ad inuicem vniuersitas, pupilli, & minores, in multis tamen differunt, & præcipuè in ijs, quæ pertinent ad statum præsentis controuersiæ, secundum quæ ea, quæ legitimè facta sunt, nequeunt retractari, nec publica fides defraudari, vt habetur *in l. 1., & 2. C. de vendendis reb. ciui. lib. 11.*, vndè meritò *Albericus in l. & si sine dolo §. quæsitum ff. de minoribus, & cum eo Eminentiss. de Luca tit. de locat., & conduct. discur. 46. n. 6.* asserunt, quod per maiorem, seu meliorem oblationem factam Ciuitati post contractum per vnum initum, cum omnibus solemnitatibus apponi solitis, non datur regressus à primo contractu legitimè celebrato.

Non in omnibus vniuersitas ad pupillos æquiparatur.

Neque obesse potest, si asseratur secundo, quod Fisco tribuitur hoc priuilegium addictionis ad diem, vt, si eidem fiat melior oblatio, possit recedere à primo contractu, ergo

ergo hoc tribuendum est Ciuitati etiam, cui videntur competere omnia iura fisci; Non, inquam, obesse potest, quia, quidquid sit de fisco, de quo alibi erit sermo, hoc priuilegium competere Ciuitati congruum non est, quin potius eidem esset iniuriosum, quam fauorabile, quandoquidem illo stante vix inuenirentur, qui cum eadem vellent contrahere propter incertitudinem, cui subessent de non perseuerando in contractu, ex eo, quod semper fieri posset ab alijs melior oblatio; Neque vrgeas, quod hæc incertitudo posset solummodò inesse, antequam fuerit incohata locatio, quia tunc solummodò res esset integra, non autem postquam eadem incohata est, quia tunc non esset amplius res integra; contra enim impugnaberis, quia per superiùs dicta contractus locationis est ex illis, qui solo consensu legitimè præstito perficiuntur, non semper re, adeoque eodem præstito non videtur res amplius integra quoad libertatem contrahentium; Deindè in hypothesi, de qua loquimur, res adhuc, neque quoad executionem esset amplius simpliciter integra, nam licet non esset adhuc incohata locatio quoad actualem vsum rei locatæ, res tamen non esset integra quoad præparatoria ad eundem, quæ certè conductor præsumitur disposuisse magnis sumptibus, magnaque diligentia vigore contractus iam initi per debitas, & congruas solemnitates, vt punctualitèr aduertit *Gutierez lib. 1. quæst. ciuil. qu. 38.*

Esset potius hoc priuilegiũ communitati iniuriosũ, quam fauorabile.

Præstito consensu nõ videtur amplius res esse integra.

Confirmari potest vlteriùs responsio, quia in huiusmodi contractu implicitè interuenit quidam contractus fortunæ aleæ, secundum quem idem Appaltator subijcitur, vel periculo damni, vel spei lucri, cum pendeat a rei collectæ euentu, & certificatione pretij frumenti; sicuti ergo euentente periculo damni non potest inuita Ciuitate conductor recedere a contractu per debitas solemnitates iam inito, ità nec eueniente spe maioris lucri poterit eodem inuito Ciuitas resilire, cæteroqui non essent æquales vtriusque contrahentis conditiones, quam rationem certè, vt efficacem considerarunt *Corbella ad bullam reg. c. 46. n. 8., Gutierez lib. 1 quæst. ciuil. qu. 38. n. 2., Tappia in 6. part. iuris regni pag. 36.*

Interuenit alius contractus innominatus fortunæ aleę

DISQVISITIONES III. Ad reliquas omnes de Locato, & Conducto Prænotiones.

§. I.

An emens sub hasta teneatur stare locationi factæ per debitorem, vel ipsius hæredem.

SVMMARIVM.

Refertur facti series in terminis particularibus. 1.

Rationes pro vtraque parte. 2.

Si nec generalitèr omnia bona locatoris, nec specialitèr ipsa bona locata fuerint hypothecata in fauorem conductoris emens sub hasta non tenetur stare locationi factæ per suum debitorem. 3.

Si per locatorem pro obseruantia contractus fuerint bona locata, vel generalitèr, vel specialitèr hypothecata, non potest creditor chirographarius, quantumuis illa bona emat sub hasta, à locatione recedere. 4.

Si per locatorem bona locata, vel generalitèr, vel specialitèr fuerint hypothecata creditor anterior habens priorem hypothecam potest non stare locationi. 5.

Si conductor habeat pro obseruantia contractus hypothecata omnia bona locatoris, & alius creditor specialitèr bona locata ipsi conductori præferendus est, qui habet priorem non attenta generalitate, vel specialitate. 6.

Conductor habens specialem hypothecam in re sibi locata non esset quoad illam præferendus habenti generalem priorem in omnibus bonis, quamuis bona generalitèr hypothecata sint sufficientia ad satisfaciendum ipsi. 7.

Creditor, si habet hypothecam specialem in vna re, & generalem in alijs omnibus, & conductor nonnisi specialem in re sibi locata, debet creditor prius experiri contra specialem. 8.

1 Disquisitio I. Inita societate quorundam bonorum inter Caium, & Franciscum ad certum determinatum, & conuentum tempus duratura fuerant bona eadem per eosdem locata ad sexennium tertiæ cuidam personæ. Perijt tempore intermedio Franciscus, cuius bona aliqua veniebãt in illo contractu locationis. Creditores eiusdem Francisci egerunt aduersus illa bona, & ad illorum instantiam bona prædicta executa, & subhastata fuerunt, eisdemque creditoribus tanquam extraneis licitatoribus fuerunt deliberata. Hinc orta fuit controuersia, an ijdem creditores stare tenerentur locationi factæ ad sexennium per eundem Franciscum, & Caium socium, vsque ad complementum illius temporis.

2 Ex ijs, quæ dicta sunt *sub hoc eodem tit. Contractus X. de locat., & conduct. prænot. 13. assert. 5. vers. deduco 2.*, videtur dicendum, creditores non teneri stare locationi factæ per suum debitorem, quia sunt singulares successores; singularis autem successor non tenetur stare colono *l. emptorem C. locati, & notant DD. in l. si filio, §. si vir in quinquennium ff. solut. matrimonio, Innocentius, &*

Singularis successor nõ tenetur stare colono.

Doctores in c. fin. Ne prælati vices suas, Baldus in l. 1. verb. sed quid in deportato C. de Sacrosanctis Ecclesijs, quod etiam ibi ampliauimus quoad Fiscum succedentem quoad bona quædam particularia.

Nihilominus alij asserebant, quod, quamuis ex prædictis iuris dispositionibus, & DD. auctoritatibus firmum sit, non teneri particularem successorem stare locationi, hoc tamen fallat, quando pro locationis obseruantia concurreret ad fauorem conductoris rei locatæ hypotheca, quæ vtpotè rem ipsam afficiens, eiusque possessorem afficit aduersus quemcunque successorem. Addebant, hæc potissimum verificari, quando singularis successor est talis ex facto Iudicis, quandoquidem hypotheca specialis in re conducta operatur, vt conductor possit rem ipsam sibi retinere non solum pro pensione, & interesse soluto rehabendo per textum singul. *in l. creditor §. fin. ff. de distract. pign., Ioannes de Immol., & Ludouic. in l. qui absenti §. 1. ff. de acquir. possess., & Ioann. de immol. in l. filius §. diuus ff. de leg. præst., Alexander in l. si filio §. fin. ff. solut. matrim.*, sed etiam pro obseruatione contractus *Petrus Phylipp. Corn. in cons. 6. incip. licet per tot. in quarta parte*. Quamobrem in hac controuersia videndum est, an locatores in contractu locationis in fauorem conductoris hypothecauerint omnia sua bona, vel bona ipsa locata pro obseruatione contractus, necne. His suppositis, quid concludendum?

Militat specialis ratio hypothecæ.

3 Respondeo primò, si nec generalitèr omnia bona locatorum, nec specialitèr ipsa bona locata fuerint hypothecata in fauorem conductoris, emens sub hasta non tenetur stare locationi factæ per suum debitorem *Petrus Phylipp. Corn. d. cons. 6. incip. licet per totum in 4. parte, Caual. decis. 612., & 618., Eminentiss. de Luca de locat., & conduct. discurs. 41. n. 2.* Ratio ex eo deducitur, quod asserebatur pro prima opinione, quod scilicet singularis successor præcipuè, si fuerit voluntarius, non teneatur stare colono per textum *in l. emptorem, C. locati*, ergo nulla constituta hypotheca, nec generali in omnibus bonis locatorum, nec speciali in bonis locatis habebit singularis successor ius recedendi à locatione facta per suum prædecessorem. Neque dicas, creditorem immissum per Iudicem in Saluiano obligari ad standum colono *Merlin. de pign. lib. 4. q. 172.*; Contra enim impugnaberis, quia immissus in Saluiano non acquirit plenum ius, cum in effectu aliud a Iudice non obtineat, nisi quandam tenutam, seu facultatem percipiendi fructus iure, seu nomine locatoris, & tanquam eius procurator in rem, & vtilitatem propriam, qui propterea non est mirum, si teneatur stare colono.

Procedit ratio de speciali successore.

Nec militat ratio, seu paritas de immisso per Iudicem ex Saluiano, & quare.

Respondeo secundò, si per locatores pro obseruantia contractus fuerint bona locata in fauorem conductoris, vel generalitèr, vel specialitèr hypothecata non potest creditor chirographarius, quantumuis illa bona emat sub hasta, recedere à locatione facta per eosdem locatores. In hanc responsionem propendet *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs. 41. num. 7.*, quidquid afferat in contrarium *De Marinis lib. 1. resol. 259. num. 22.*, quando creditor chirographarius emerit res locatas sub hasta. Ratio ex eo deduci potest, quod habens ius hypothecæ præferendus est quibuscunque creditoribus non habentibus illam, quantumuis anterioribus *l. licet C. qui potior. in pign. hab. l. quamuis C. de pignor.*, *Merlinus de pignor. d. lib. 4. quæst. 172.*, ergo, si conductor habeat hypothecata bona sibi locata pro obseruantia contractus, poterit ea detinere aduersus quemcunque successorem ex credito non hypothecario, donec compleatur tempus contractus. 4

Hypothecarius præfertur cuicunq; nō hypothecario.

Dixi, *vel generalitèr, vel specialitèr hypothecata*, quia hypotheca generalis, seu constituta in omnibus bonis extenditur etiam ad rem, pro qua est constituta, quia, & illa venit in hypotheca generali, vt res locata *Bartolus in l. emptorem C. locati, Ioannes de Immola in l. filio §. fin. ff. solut. matrimonio*, & est casus *in l. cum tabernam §. fin. ff. de pignor., Alberic. in marg. tit. de pign. vers., sed pone accepi*.

Hypotheca generalis extenditur etiam ad rem, pro qua est constituta.

Dixi, *quantumuis creditor chirographarius illa bona emat sub hasta*, quia specialis modus emendi, seu acquirendi rem aliquam, cui antecedentèr affixa est hypotheca in fauorem alterius, eandem, non demit, cum semper sequatur rem, eiusque possessorem per allegata iura superiùs, præcipuè, si habens talem hypothecam in sui fauorem non præstiterit consensum ad illam translationem, seu acquisitionem per creditorem factam.

Specialis modus emendi non tollit præcedentem hypothecā.

Respondeo tertiò, si per locatores pro obseruantia contractus fuerint bona locata in fauorem conductoris hypothecata, creditor anterior habens priorem hypothecam quoad illa bona potest non stare locationi factæ per eosdem creditores, sed ab eadem resilire *Cavaler decis. 612. nu. 54., Mantica de tacit. lib. 5. tit. 10., & sequ., & n. 27., De Luca tit. de locat., & conduct. discur. 41. num. 3.* Ratio ex eo potest deduci, quod habens hypothecam anteriorem in re aliqua præfertur cuicunq; habenti hypothecam in illa posteriorem, quia ex vulgatis iuribus, si cætera fuerint paria, prior in tempore est potior in iure, quinimmò hypotheca tacita prior pręfertur expressæ posteriori etiam Fisci *l. 1. 2. respon. C. rem alien. ger., Dinus in reg., qui prior de reg. iuris in 6. l. creditor la 2. in princip., & ibi Bartolus ff.*, 5

Prior in tempore cæteris paribus est potior in iure.

qui

qui pot. in pign. hab., *Bartolus in l. licet 2. q. C. eod.*

Dices, locator habens ex vi statuti, seu dispositione iuris communis hypothecata, seu obligata bona conductoris in fundum inuecta præfertur quoad illa omnibus alijs creditoribus anterioribus etiam habentibus hypothecam per ea, quæ dicta sunt superius, ergo etiam conductor habens hypothecam in re sibi locata pro obseruantia contractus erit in illa re præferendus alijs omnibus creditoribus, quantumuis anterioribus hypothecarijs, quousque duret tempus locationis contractæ. Confirmatur, quia ipse conductor retinens rem sibi locatam, eamque habens hypothecatam habet potiora iura ratione detentionis eiusdem rei, &, sicuti, quando in eodem subiecto interuenit creditum, & debitum fit ipso iure compensatio per ea, quæ alibi diximus, quę præcellit quamcunque hypothecam, quantumuis anteriorem, ità quando in eodem conductore interuenit ius cum hypotheca ad continuandum in re conducta, & detentio eiusdem, fieri debet ipso iure continuatio, quæ &c. Sed contra; neganda est consequentia, tum quia priuilegium, quod conceditur ex dispositione iuris locatori in ordine ad inuecta in fundum est singulare, nec extenditur ad conductorem in ordine ad rem sibi locatam pro obseruantia eiusdem contractus, quandoquidem ipsi conductori hæc non remanet hypothecata, nec obligata, nisi ex speciali pacto inter ipsos contrahentes inito, & priuilegia, vtpotè stricti iuris sunt strictè interpretanda, nec extendenda vltra expressa. Ad confirmationem dicendum est, conductorem non propriè dici possidere rem sibi locatam, cum ex superiùs dictis locator apud se detineat ius, & possessionem ciuilem, & per eundem conductorem ciuilitèr dicatur possidere; vnde nō benè dicitur, quod in eodem conueniant ius, & possessio rei, adeoque non valet ratio in hoc, quæ valet iure compensationis in eo, in quo concurrit simul creditum, & debitum &c.

Priuilegium cōcessum locatori quoad illata, & inuecta est singulare.

Conductor non propriè possidet rem locatam.

Varia dubia excitata circa materiam præsentē.

Hic nonnullæ insurgunt rationes dubitandi, & primò, an si conductor pro obseruantia contractus habeat hypothecata omnia bona locatoris generalitèr, & ratione dumtaxat generalis obligationis rem locatam, seu domum, & creditor habeat hypothecatam specialitèr rem illam locatam solummodò, possit hic creditor nolle stare locationi factæ per suum debitorem, & an ipse conductor habeat exceptionem contrà ipsum creditorem agentem hypothecaria, & contra agentem habeat replicationem de hypotheca priori. Secundò, si ipse conductor habeat solummodò hypothecatam specialitèr pro obseruantia contractus rem sibi locatam, & creditor generalitèr omnia bona eiusdem locatoris, qui est suus debitor, an possit nolle stare contractui, an verò teneatur experiri aduersus alia bona sui debitoris. Tertiò, an, si creditor habens hypothecam specialem in aliqua re debitoris, & generalem in alijs omnibus bonis eiusdem possit recurrere ad generalem in præiudicium conductoris, si hypotheca specialis sibi sufficiat ad debitum suum, & alia his similia.

Ad primum respondendum existimo cum distinctione, vel enim creditor habens specialem hypothecam in re, quæ fuit locata conductori, est prior in tempore in illo credito, & hypotheca, vel posterior eodem; si est prior tempore, vtique potest nolle stare contractui locationis facto per suum debitorem; si verò fuerit posterior, vtique tenetur eidem stare, & conductor habet exceptionem aduersus eundem creditorem, & replicationem de priori hypotheca. Ratio primæ partis ex eo desumitur, quod creditor primus in tempore habet exceptionem cōtra secundum agentem hypothecaria, & replicationem de hypotheca priori *l. creditor la 2. in princip. & ibi Bartol. ff. qui pot. in pign. hab.*, ex communi, & generali reg., quod prior in tempore sit potior in iure *c. qui prior de reg. iur. in 6.* Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod habens hypothecam in omnibus bonis debitoris potest eligere vnam rem ex pluribus, quam vult, & eam facere æstimari, & sibi dari per Iudicem *Bartolus in l. 3. §. vlt. quæst. 2. princip. C. de pignor.*, *& in l. Moschis, & ibi Alexander ff. de iure fisci*, quandoquidem generalis hypotheca ad omnia extenditur, quæ sunt in bonis debitoris, seu illius, qui se, suaque omnia obligauit. Accedit in casu præsenti particulari, de quo loquimur, quod omnia bona locatoris fuerunt obligata in ordine ad hanc rem determinatam relinquendam sub contractu ad terminum designatum, ergo vtique poterit eandem rem, ob quam cætera omnia fuerunt obligata, detinere, cum in generali obligatione, & ipsa veniat, & quidem ex intentione contrahentium specialiori iure.

Respōsio ad primū dubium cum distinctione.

Ad secundam, seu secundum existimo, quod conductor habens specialem hypothecam in re sibi locata non sit quoad illam præferendus habenti hypothecam generalem in omnibus bonis etiam, si alia bona generalitèr hypothecata sint sufficientia ad satisfaciendum ipsi habenti generalem hypothecam quoad omnia sua credita, quidquid in contrarium dixerit *Bartolus in l. 2. ff. de pignor.*, si ipse conductor posterius acquisierit hypothecam. Ratio ex eo deducitur, quod creditor habens priorem generalem hypothecam præfertur habenti specialem *l. generalitèr in princip. C. qui*

Habens generalē hypothecam potest quācumque rem eligere. pot. in pign. hab., vide in l. licet, & ibi Doctores C. eod. tit., & potest ex rebus sui debitoris eligere quamcunque maluerit per superius notata ad Bartolum in l. 3. § fin. qu. 2. princip. C. de pignor. Hæc, quæ diximus, procedunt de rigore iuris, cæterum non negarem, vt bene etiam aduertit Glosa in d. l. 2. C. de pignor., de æquitate teneri prius creditorem experiri in alijs bonis debitoris, quæ habet sibi hypothecata, antequam deueniat ad rem alteri specialitèr obligatam.

8 Debet prius experiri cōtra specialem, quàm intentare generalē. Ad tertiam dicendum est, quod, si creditor habeat specialem hypothecam in vna re, & generalem in alijs omnibus, & conductor specialem in re sibi locata, quæ est distincta ab illa re, in qua creditor habet suam specialem, non possit hic recurrere ad generalem in præiudicium conductoris, vt sibi adsi'cat rem illi locatam, sed debeat prius experiri in illa re, in qua ipse habet specialem, vtrum sit sufficiens ad sibi satisfaciendùm pro suo credito Socin. in cons. 198. incip primo aspectu vers. 5., & vlt. cum vers. sequ. in 2. Casus est singularis in l. quamuis la 1., & ibi Baldus C. de pignor., & omninò per Angel. in l. 2 ff qui pot. in pign. hab. Adde l. 3. §. fin. ff. eod. tit.

---

§. II.

An concedenda sit manutentio in possessione exigendi pensionem, quando dubium est de expiratione locationis.

SVMMARIVM.

Exponitur difficultas in casu particulari. 1.

Non constante de tempore limitato, ad quod facta sit locatio potius est ius Caij contendentis de manutentione in quasi possessione iuris exigendi annuas prastationes. 2.

Procedit, quando locatio facta est pracisè ad modicum tempus, secus, si ad longum, quia tunc eo elapso potest recedere. 3.

1 DIsquisitio II. Facta fuerat concessio per Caium, vel per suum Prædecessorem aliquorum suorum bonorum in fauorem Francisci cum onere certæ, & determinatæ pensionis in singulos annos, quam per quadraginta annos, & vltra persoluit idem Franciscus. Quibus annis expiratis contendebat idem Caius manutentionem in quasi possessione exigendi annuam præstationem; aduersus quem excipiebat Franciscus, se ob expiratum conductionis tempus ad huiusmodi præstationum solutionem amplius non teneri, neque possessionem resultantem ex pretensis solutionibus, vtpotè ad certam causam vlteriorem operationem habere. Quæritur iam hic cuiusnam sint potiora iura, an Caij contendentis de manutentione iuris exigendi pensiones, an Francisci excipientis de causa finita.

Facti series, & explicatio.

2 Respondeo, quod, si expressè non constet de locatione ad certum tempus, & limitatum, quod iam intelligatur completum, potiora esse iura Caij contendentis de manutentione in quasi possessione iuris exigendi annuas præstationes. In hanc responsionem propondet Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discursu. 37. in vna Mediolanensi pro quodam Monasterio monialium per tot.

Probatur primò, quia, si locatio facta sit ad modicum tempus, & conductor per annos triginta, & vltra soluerit pensionem præscribit actioni ex locato, & conductor efficitur perpetuus, nec tenetur recedere à conductione Bartolus, Baldus, & alij in l. cum notissimi, & in l. omnes C. de præscript. trig., vel quad. ann., in l. 2. C. de iur. Emphytheut., Bero. in cap. dilecti filij num. 24. de arbit., Balbus de præscript. part. 3. qu. 10. n. 34., Alciatus in l. si certis annis nu. 9. C. de pact, Aimo cons. 150 n. 10., Tiraquel. de præscript. §. 1. glos. 4. vers. 13., Afflict. decis. 365 nu. 13., ergo, si non constet de termino locationis, & per triginta, quadraginta annos, & vltra locator consequutus fuerit pensiones, non tenebitur recedere a iure imposterum percipiendi easdem pensiones. *Paritate locationis euincitur.* Consequentia probatur, quia ratio, quæ tribuit ius conductori ad perseuerandum in contractu, tribuit etiam ius locatori ad perseuerandum in iure exigendi pensiones, & non minus potest præscribi ius conductoris ad perseuerandum in locatione, ac ius locatoris ad exigendas pensiones. Quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse alijs dicit, seu dici efficit? Hæc quidem Rhadamanti lex est teste Aristotile lib. Eth. 5. cap. item 5. *Militat ratio eadem pro vtroque.*

Si quod quisque facit, idem patiatur, & ipse
Id iustum fiet denique iuditium.

Probatur secundò, quia locatio ex genere suo non potest esse vltra decennium, vltrà de adeo, si illud tempus excedat, transeat in naturam Emphytheusis, vel alterius contractus per ea, quæ dicta sunt sub hoc eod. tit. Contractus X. de locat., & conduct. prænot. 1., & tom. 1 sub tit. Contractus IV. de emphyth., & cens. prænot. 1., ergo, si locatio fuerit protracta vltra dictum decennium, & continuatio facta fuerit, vel ad triginta, vel ad quadraginta annos vtpotè, quæ transijt in naturam Emphytheusis sine termino sufficiens ius tribuet ipsi locatori perseuerandi in iure exigendi easdem pensiones. *Locatio vltrà decennium transit in emphytheusim.*

3 Hæc, quæ dicta sunt, procedunt, quando locatio in sui principio concepta esset ad modicum tempus, deindè in prosequendo facta

facta esset continuatio per annos triginta, vel quadraginta, secus, si ab initio facta esset locatio ad longum tempus triginta, vel quadraginta annorum, quia ex hoc non est quæsitum ius perpetuitatis, nec locatori, nec conductori, sed terminato tempore conuento vterque potest recedere *l. male agitur, & l. competit C. de præscript. triginta, vel quadraginta ann., Ruinus cons. 75., & 151. nu. 21., & seq. vol. 1.*, quem probat, & sequitur *Ancharanus q. famil. 24. n. 11. part. 1., Riminal. jun. cons. 100. num. 24., & 27. vol. 1., Crauet. de antiquit. temp. part. 4. num. 122.* Quod, si deindè supponas, quod non constet, an in principio concepta sit ad modicum tempus, an ad longum, & locatio protracta sit ad triginta, vel quadraginta annos, tunc præsumerem, quod posset continuare in quasi possessione percipiendi pensiones; tum quia, cum locatio ex genere suo soleat fieri ad modicum tempus, præsumendum est, quod orta fuerit præscriptio a tempore finitæ locationis, modo quo supra, tum quia, cum locatio non fieri soleat vltrà decennium, præsumendum est, quod transierit in alium contractum, vel emphytheusis, vel alterius generis.

---

§. III.

An debitor stare teneatur locationi factæ per creditorem immissum in Saluiano post satisfactionem eidem præstitam.

SVMMARIVM.

Casus efformatus, in quo propriè est difficultas. 1.

Si Ecclesia fuerit hæres, vel conuentus Religiosorum post satisfactum debitum non tenetur stare locationi per creditorem factæ. 2.

Extante tamen consuetudine, quod locatio fieret ad sexennium, vel ad nouennium tenerentur stare locationi ad illud tempus. 3.

Si hæres fuerit singularis persona, & creditor locauerit iustè ad illud tempus, in quo solummodò potest integrè satisfieri, tenetur stare locationi. 4.

Disquisitio III. Constituta fuerat hæres persona quædam particularis, vel fortè etiam Religiosorum conuentus per Theodoricum, qui condito suo vltimo testamento postea decessit. Persona illa hæres, seu fortè etiam Conuentus adiuit hæreditatem, & immissa est, seu immissus in possessionem pleni iuris in omnibus bonis eiusdem testatoris, inter quæ erat domus quædam ob quodam debitum eiusdem Theodorici testatoris hypothecata in fa- uorem Francisci creditoris. Hic in iudicio egit aduersus dictam domum, & officio Iudicis obtinuit immissionem in eadem ex Saluiano, & deindè tanquam possessor eandem domum ad sex annos locauit. Facta tali immissione in Saluiano, factaque dicta locatione persona hæres, seu Conuentus satisfecit eidem Francisco creditori quoad creditum, quod habebat aduersus Theodoricum testatorem, & aduersus bona per ipsum relicta, & successiuè præceptum detulit conductori, vt domum dimitteret. Eo renuente dimittere orta fuit controuersia, an tale præceptum esset sustinendum, an verò relaxandum, seu annullandum. 1 *Difficultatis series, & explicatio.*

Respondeo primò, si Ecclesia fuerit hæres, seu conuentus Religiosorum, vtique illud præceptum aduersus conductorem sustinendum est. Rationem adduco ex eo, quod per aditionem hæreditatis, & præcipuè illius domus eadem hæreditas, seu domus facta est Ecclesiastica, & iuribus Ecclesiasticis supposita, vt est in confesso apud omnes, sed res immobiles Ecclesiasticæ locari nequeunt vltra triennium ex dispositione eiusdem iuris Ecclesiastici, & præcipuè extrauag. *Pauli II. Ambitiosæ de reb. Eccl. non alien.*, adeovt, si vltra tale tempus fiat locatio, sit ipso iure irrita, ergo &c. Neque dicas irritari quidem pro tempore vltra triennium, vltra quod aduersatur eiusdem iuris dispositioni, non verò pro tempore triennij, intra quod permissa est; contra enim impugnaberis, quia, cum ille actus, quo facta fuit locatio, sit omninò indiuiduus, si est irritus quoad aliquod tempus, est irritus quoad omne, atque in hoc valet, quod vtile per inutile vitietur, & contractus corruat in totum *Rot. decis. 30. num. 2., & 3. part. 1. recent. decis. 816. num. 2., cum sequ. part. 3., Merlin. decis. 816. nu. 2., cum seq.* Quod, si supponas locationem factam ad sexennium esse quasi duplicem, quatenus, licet facta pro eodem tempore, sit nihilominus facta de triennio in triennium; adhuc responsionem accipies, quia, cum oriatur obligatio perpetuandi vsque ad sexennium ex eodem consensu vi cuius non solum obligatur ad triennium, sed etiam vltra, videtur expressè aduersari dispositioni iuris, quod intendit prohibere, ne bona Ecclesiæ obligentur vltrà tempus præscriptum. Deindè modus ille contrahendi videtur expressè esse in fraudem legis, qui propterea non potest obligare. 2 *Locatio vltrà tēpus à iure præscriptū est ipso iure irrita.* *Actus ille locatio n s est indiuiduus.*

Dices, hæc, quæ dicuntur, non posse verificari in hypothesi, de qua loquimur, quandoquidem illa locatio non fuit per eandem Ecclesiam, seu Religiosorum conuentum, vel ipsius Prælatum, sed per creditorem immissum per Saluianum, qui non videtur obligari legibus Ecclesiasticis. Sed *Quamuis locatio nō facta fuerit per Ecclesiā est tamen de bonis Ecclesiæ.*

contra,

contra, quia ius Ecclesiasticum quoad hæc disposita respicit potissimum ipsa bona Ecclesiastica secundum se, quorum prohibet quamcunque speciem, quæ sapiat alienationem; hæc autem bona licet locarentur per creditorem immissum in Saluiano, non desinunt esse Ecclesiastica, adeoque &c. Deinde, vt bene reflectit *Eminentiss. de Luca sub tit. de loc., & conduct. distinct.* 38. creditor sic immissus non est dominus, neque verus possessor, vndè prior dominus non desinit esse talis, nec veram possessionem amisit, sicque immisso in Saluiano competit solummodò simplex quædam tenuta, vi cuius tanquam debitoris procurator percipit fructus ad satisfaciendum proprio credito, vt benè notat *Burat., & adden. decis.* 240. *add. ad Gregorium decis.* 68. *Rota decis.* 9. *part.* 7. *recent.* Ex quibus rectè deducitur, quod, si non agit, nisi nomine domini, & possessoris, non possit ad quid amplius agere, nisi ad id, ad quod agere posset ipse dominus.

Creditor immissus non est dominus, neq; verus possessor.

3 Non negauerim tamen, quod, si alicubi consuetudo vigeret legitimè præscripta, quod locatio fiat de triennio in triennium, vsque ad nouennium, tunc saltem quoad perfectum triennium posset conductor in conductione domus perseuerare, vel pro toto tempore sexennij, & hoc ea ratione, quia ius illud Ecclesiasticum præcipiens non concedi res Ecclesiasticas in locationem, nisi ad triennium, videtur legitima consuetudine præscriptum ad tempus magis extensum secundum eadem consuetudinem; vndè eadem sic stante videtur idem dicendum, quod dicetur in mox subdenda responsione.

Consuetudine sic præscribente.

Respondeo secundò, si singularis persona fuerit hæres, & creditum Francisci fuerit tale, quod verisimiliter ex fructibus satisfieri non potuerit, nisi plurium annorum spacio, & tunc idem Franciscus creditor immissus in Saluiano bona fide, & non diminuta pensione locationem fecerit intrà tempus, quo eius detentio verisimilitèr duratura est, certè locatio sustinenda est, & præceptum reuocandum. Ita *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs.* 38. *nu.* 4. Ratio ex eo deduci potest, quia, ex quo est immissus per Iudicem in Saluiano, ab eodem, vel a iure intelligitur deputatus procurator, seu administrator, & cum locauerit pro illo tempore, pro quo attenta qualitate sui crediti iustè præsumere poterat suam administrationem fore duraturam, potuit iure administratorio ità contrahere, ergo non est, cur pro illo tempore locatio non debeat in fauorem conductoris perseuerare; non enim tunc dici poterat, quod ipse creditor immissus in Saluiano egressus fuerit fines proprij mandati, & administrationis; neque obstat, quod ante illud tempus cessarit administratio, seu mandatum eiusdem creditoris immissi in Saluiano, cum hæres debitor antè illud tempus suum debitum persoluerit; Non, inquam, obstat, quia ex quo locauit pro tempore, pro quo habebat administrationem, & iustè sperare poterat duraturam, nec ad hoc debitorem dominum rei locatæ posse esse rationabilitèr inuitum intelligitur ipso annuente ad illud tempus contraxisse, & licet administratio facta ipsi per debitorem solutione, seu satisfactione in ipso physicè non perseueret, contractus tamen adhuc perseuerat in virtute consensus, seu non rationabilis contradictionis debitoris, & præsumptæ voluntatis eiusdem sic iure disponente.

Creditor non excessisset fines proprij mandati.

Contractus perseuerat virtute cõsensus.

---

§. IV.

An, & quænam conditio impossibilis vitiat contractum locationis.

SVMMARIVM.

Refertur status quæstionis, & variæ conditionis impossibilis acceptiones. 1.
Conditio impossibilis circa substantiam contractus irritat ipso facto contractum. 2.
Fideiussor, qui accessit contractui sub conditione impossibili, nullo modo obligatur. 3.
Conditio impossibilis circà accidens contractus non vitiat, sed vitiatur. 4.

1 Disquisitio IV. Contraxerant inter se pacto locationis, & conductionis Theodoricus, & Caius, ille rem propriam concedendo ad certum vsum, ille recipiendo cum promissione debitæ, & conuentæ præstationis pro illius vsu soluendæ, sed in huiusmodi contractu, seu conuentione adiecta fuit conditio quædam impossibilis, quæ certè purificari, nec ad actum reduci poterat. Orta fuit controuersia, an contractus ille subsisteret, &, an talis conditio vitiaret, an potius vitiaretur. Pro solutione.

Factum in suis terminis.

Aduerte, an illa conditio impossibilis per eosdem contrahentes apposita fuerit circa substantiam contractus, an verò circa aliquod accidens, quod fuerit præter naturam eiusdem. Secundò ex suppositione, quod sit circa substantiam, & vitiet contractum, an ita vitiet, vt nedum ex illo contractu nulla oriatur obligatio ciuilis, sed nec naturalis, nec aliqua, ob causam, quæ non tendat ad perficiendum contractum, sed potius ad resoluendum. Tertiò, an, si tali contractui sic inito fuerit adiectus fideiussor in fauorem alicuius ex contrahentibus, ipse obligatus intelligatur versus cum,

Quotuplex sit conditio impossibilis.

eum, In cuius fauorem fuit adiectus. Quibus praenotatis.

2 Respondeo primò, si talis conditio fuerit circa substantiam contractus, vitiat absolutè eundum contractum *Carocius de loc. & conduct. part. 5. sub tit. de impossibilitate nu. 1., & seq.*, & haec est communis Iuristarum, & Theologorum opinio. Expressè colligitur ex textu *in l. non solum ff. de act., & obligat.*, vbi sic legitur. *Non solum stipulationes impossibili conditioni applicatae nullius momenti sunt, sed etiam caeteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes impossibili conditione interposita*, atque in eodem textu apponitur efficax ratio, nam ad validè contrahendū requiritur validus vtriusque contrahentis consensus *Vulpianus in l. Labeo 2. ff. de verb. signific.*, sed apposita conditione impossibili non efficax, nec validus interuenire potest vtriusque contrahentis consensus, ergo &c. Minor probatur, quia apposita conditione impossibili certum est, quod certo nouerint, quod conuenta non possunt adimpleri, ac proindè ac si intenderint non adimpleri, ergo non praesumuntur praebere consensum validum ad implementum; videtur etenim aequiualere non praebere consensum, ac praebere consensum ad impossibilia. Hoc idem habetur *in §. si impossibilis Instit. de inutilibus stipul.*, vbi sic legitur. *Si impossibilis conditio stipulationib. adyciatur nihil valet stipulatio.*

Consensus cum conditione impossibili est omninò inefficax.

Haec responsio adeò vera, vt etiam, quando in contractu apponitur conditio impossibilis quoad substantiam eiusdem contractus, non solum nulla oriatur obligatio ciuilis quoad ipsos contrahentes, sed nec etiam naturalis *Glos. in regul. nemo de reg. iuris in 6. per textum in l. impossibilium in verb. nulla ff. de reg. iuris*, & quidem non incongrua ratione, quia nemo obligari potest, nec naturalitèr sine libero, & valido ipsius consensus, qui certè non supponitur, dum terminatur ad impossibilia. Ex quibus etiam rectè deduci potest, quod, si tali

Nec oritur obligatio ciuilis, nec naturalis

3 contractui concepto sub conditione impossibili fuerit adiectus fideiussor, nec ipse ex tali contractu obligetur, quia vbi non consistit obligatio naturalis, nec subsistere posse videtur fideiussoria *l. fideiussor obligari ff. de fideins.* Adde, quod neque subsistat obligatio naturalis, nec fideiussoria, etiam si talis contractus fuerit iuramento firmatus *cap. breui, & ibi Butr. de iure iur., Antonius de Petris in l. 1. n. 203. ff. de iure iur.*, & hoc ea ratione, quia iuramentum sequitur naturam contractus, cui accedit; si ergo contractus ipse non subsistit, nec subsistere posse videtur iuramentum, quod eidem adijcitur.

4 Respondeo secundò, si conditio impossibilis fuerit circa accidens non vitiat contractum, sed potius vitiatur *Beniacas. in §. actionum nu. 460. de actionibus, Carocius de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de impossibilitate n. 6., Glos. notab. in l. cum donationis in glos. magna in fin., & ibi Iason C. de transact. Iason in l. impossibilis n. 3. ff. de verb. obligat. in l. certi condictio §. quoniam nu. 5. ff. si cert. pet.* Ratio in promptu esse potest, quia ex eo, quod illa conditio non pertineat ad substantiam contractus, non dat causam contractui secundum se, hoc est secundum eius substantiam, sed tantum secundum accidentalia eiusdem, ergo in ordine ad substantiam contractus habetur, quidquid ad ipsam requiritur, nempè consensus ex vtraque parte, nec inualidatur per defectum consensus ad qualitatem ratione illius conditionis, quia vtile quoad substantiam non viciatur per inutile quoad qualitatem *ex reg. vtile de reg. iur. in 6.*

Vtile quoad substantiam non vitiatur per inutile quoad accidens.

Ex ijs, quae hactenus dicta sunt inferre licet, quod, quantumuis conditio impossibilis fuerit circa substantiam contractus, & nullam secundum se contractus ex illa initus pariat actionem, nec obligationem, pariat tamen condictionem ob causam. Ratio ex eo deduci potest, quia talis conditio ob causam in hac praecipuè hypothesi, de qua loquimur, non ordinatur ad perficiendum contractum, sed potius ad ipsum resoluendum *l. si militem, & ibi Bartolus C. de condict. ob caus. in l. 3. ff. de condit. instit.*; Inferre licet secundo, quod potissimum verificetur, quod conditio impossibilis circa substantiam contractus eundem irritet, quando eadem conditio est impossibilis de natura, seu de iure, cui lex resistit; quod potissimum dixerim propter nonnullos, qui asserunt, & quidem non immeritò, quod, quando conditio non est impossibilis natura sua, vel ex iure, tunc debeat adimpleri, vt vitetur paena, si non sit contra bonos mores *Baldus in l. quidam cum filium, vbi Alexander Iason, & alij ff. de verb. oblig. in leg. vbi pactum col. fin. C. de transact. in l. 1. col. 3. de condit. institut.*

Contractus cum conditione impossibili parit condictionē ob causā.

---

§. V.

De conditionibus quoad tempus, & paenis intrà illud non adimplentium.

SVMMARIVM.

Dubium expositum, & rationes dubitandi circà ipsum. 1.

Si opus fuerit ex natura sua complebile intrà tempus conuentum, quantumuis fuerit paena adiecta, vtique arbitrio Iudicis suppleri potest tempus necessarium, & antequam illud transierit, non committitur paena promissa. 2.

Pro-

Prorogato per Iudicem tempore intelligitur etiam prorogata pæna. 3.
Intellige etiam, si prorogatio temporis facta fuerit consensu partium. 4.
Si persona conductor ex incuria non perfecerit, nec in tempore possit perficere, potest conductor aduersus ipsum etiam ante diem agere. 5.

1 DIsquisitio V. Conduxerat Fabius artificem quendam ad opus aliquod peragendum facta conuentione, & stipulatione de eo explendo termino vnius anni, adiectaque pæna respectiuè ad eundem artificem aureorum centum, si pro eo tempore non expleuerit. Contigit, quod artifex non compleuerit opus pro tempore conuento. Hic multæ insurgunt rationes dubitandi. Prima est, an, si opus illud cõstitutum sua non sit explebile, nisi vltrà illud tempus conuentum ex natura sua, possit sine incursu pænæ illud tempus protrahi; & quomodo. Secunda, si illud tempus prorogetur ad perficiendum opus ad certum tempus, & expresse pæna non fuerit prorogata, intelligatur hæc adiecta, si intra tempus prorogatum opus non fuerit adimpletum. Tertia, an non solum prorogatio fieri possit iudicio, seu officio Iudicis, sed etiam partium conuentione, & in hoc casu, an intelligatur prorogata pæna, etiam si actu non fuerit expressum. Quarta, an, si ex incuria personæ conductæ ad opus peragendum tantum temporis pertransierit, vt impossibile sit in residuo tempore opus compleri, quod cæteroqui compleri potuisset, si illa incuria non intercessisset, possit conducens agere, antequam dies cesserit.

Articuli examinandi circà titulum.

2 Respondeo primò, si opus illud non fuerit ex natura sua complebile in tempore conuento, quantumuis fuerit pęna adiecta, vtique arbitrio Iudicis suppleri potest tempus necessarium, & antequam illud transierit non committitur pæna promissa (*Castrensis in l. insulam §. in operis ff. locati, Afflictus in cap. 1. nu. 21. vers. item breuitas temporis, quib. ex com. feud. amit., Menochius de arbitrar. Iud. lib. 2. cent. 3. cas. 221., Baldus in l. continuus §. illud, & ibi etiam Fulgos. ff. de verb. obligat., Bartolus in l. sed, & si quis ff. si quis caution.* Ratio ex eo deduci potest, quod, quamuis conuentio facta fuerit de opere complendo determinato tempore, quando tamen illud tempus non est sufficiens ad opus complendum; ex æquitate iuris illa conuentio quoad tempus resoluitur in arbitrium boni viri, adeoque prudentis Iudicis, qui adhibito peritorum consilio tempus congruum, & necessarium artifici statuet per ea, quæ congruè notauit *Menochius loc. cit.*, ergo eadem ęquitate, seu iure suadente non obstante tali conuentione erit illud tempus protrahendum. Neque dicas iuxtà dicta in præcedenti disquisitione, seu paragrapho, quod contractus potius videtur resoluendus, quandoquidem illa conditio ex conuentione partium apposita est impossibilis; contra enim impugnaberis, quia in primis, quãmuis illa conditio sit impossibilis, non tamen respicit substantiam contractus, sed potius qualitatem eiusdem, idest maiorem, vel minorem temporis protractionem, seu extensionem, quæ ex dictis non vitiat, sed potius vitiatur. Deindè contractus bonæ fidei hanc naturam sortiuntur, vt licet impossibilitas vitiet eosdem contractus, non tamen vitiet angustia, seu difficultas temporis *l. insulam §. in operis, ff. locati, ibi Castrensis* dicit, quod ille textus ad hoc semper allegatur. Quod, si vlterius supponas, conductorem illius artificis ità indigere pro tempore conuento opere, ad quod perficiendum illum assumpsit, vt eo elapso non amplius eodem indigeat; tunc considerandum est, an illud tempus assignatum, & conuentum sit tale, vt intra illud opus possit perfici adhibita tali diligentia, vt non excedat vires humanas, licet cum difficultate, & angustia temporis, an verò tale, vt intrà illud opus nequeat absolutè perfici; iuxtà primum sensum non negauerim artificem subiacere pænæ, cui ex conuentione se subiecit, quia assumendo illud opus sub illa pæna videtur se obligasse ad diligentiam maximam, & sufficientem ad illud opus peragendum, à qua propterea, si deficiat, non videtur se eximere ab illa pæna, cum opus illud supponatur pro illo tempore possibile ea proportionali ratione, qua se obligans ad quemcunque casum, & ad diligentiam maximam rei conductæ ex speciali pacto, seu conuentione obligatur ad damna, seu pænas, si in aliqua diligentia defecerit per ea, quæ alibi commendauimus; iuxtà secundum verò sensum absolutè eximerem à quacunque pæna artificem non adimplentem opus intrà tempus conuentum, quia iuxtà superiùs dicta illa conuentio resoluitur in arbitrium boni viri, adeoque prudentis Iudicis, cum vires hominis ad opus perficiendum intra illud tempus non extendantur, & conductor debet sibi imputare, quod illud opus non fuerit perfectum.

Illa conuentio resoluitur in arbitrium boni viri.

Illa conditio non respicit substantiam cõtractus.

Si est possibile, & factibile illud opus in tali tẽpore vtique tenebitur.

3 Respondeo secundò, si tempus illud inter partes conuentum fuerit prorogatum per Iudicem, & expresse pæna per eundem non fuerit prorogata, si intra tempus prorogatum opus per artificem non fuerit completum, hic pænæ conuentæ intelligitur subiacere. *Carocius de locat., & conduct. part. 5. sub tit. de impossibilitate nu. 14. vers. si ergo.* Ratio ex eo deducitur, quia per illam temporis prorogationem inductam per Iudicis arbi-

Nō facta est aliqua cōtractus nouatio. arbitrium, seu officium non facta fuit aliqua contractus nouatio, sed solummodò tempus illud extensum, cum præcipuè non intelligitur nouatio, nisi expressè fuerit actum, &, cum intelligatur contractus perseuerare sub eodem pretio, & intuitu eiusdem consensus præstiti in origine eiusdem, intelligendus est etiam perseuerare sub eisdem pœnis, ergo, si intra tempus per Iudicem prorogatum non fuerit opus per artificem completum, intelligetur commissa pœna iniuncta in celebratione contractus, cum idem omninò sit contractus, licet quoad tempus prorogatus.

4 Respondeo tertiò, hæc, quæ dicta sunt in præcedenti responsione æquè verificantur, siue prorogatio inducta fuerit per Iudicis officium, siue per proprium vtriusque contrahentis consensum, quantumuis in tali prorogatione nihil fuerit dictum de pœna in celebratione contractus apposita *Castrensis in l. insulam §. in operis ff. locati, Carotius de locat., & conducto part. 5. tit. de impossibilitate n. 15.* Ratio ex eo deducitur, quia prorogatio partium æquiualet prorogationi iuris; in ijs etenim, quæ iuri non repugnant, possunt partes ad inuicem sibi legem constituere per ea, quæ suprà diximus, sed, quando fit prorogatio per Iudicis officium iuxtà dispositionem iuris pœna committitur, si non adimpleatur opus intra tempus conuentum per superius dicta, ergo &c. Neque dicas, quod ex eo, quod accedat nouus consensus vtriusque contrahentis ad illam prorogationem videatur facta nouatio, quæ regularitèr per nouum consensum inducitur; Contra enim impugnaberis, quia ille nouus consensus non extenditur ad alium contractum, sed ad eundem, non ad immutandam substantiam, sed solummodò ad protrahendum tempus; quamobrem, si quæ nouatio est, solummodò est quoad tempus, non quoad alias conditiones, seu pacta, quæ firma intelliguntur remanere in suo robore.

Nouus ille consensus nō extenditur ad nouum contractū, sed ad eundem.

5 Respondeo quartò, si ex incuria personæ conductæ ad opus illud perficiendum tantum temporis pertransierit, vt impossibile sit in residuo impleri potest conductor aduersus ipsum etiam ante diem agere *Ioannes Andreas ad specul. § 1. vers. probatoriæ Immola in l. in illa col. 1. ff. de verb. obligat., Cagnol. in reg. impossibilium nu. 2. in fin.* Ratio ex eo deduci potest, quia opus non esse completū, ac impossibile esse compleri, sunt quoad effectum paria, & in tantum dies requiritur, in quantum ex illo commensuratur, vtrum opus sit completum, sed, quando impossibile est opus perfici, seu compleri, iam negatio implementi operis etiam independentèr ab aduentu illius diei est perfectè commensurata, ergo etiam antè aduentum illius diei poterit perfectè agi æque ad pœnam, ac ageretur, si dies illa cesserit, seu aduenerit, & quidem, cum ex incuria personæ reddatur opus impossibile, ipsius culpæ imputandum est non implementum intrà tempus conuentum, qui per cōsequens subiacere debet pœnæ conuentionali.

Quando est impossibile perfici, in illo tempore perindè est, ac si in illo tēpore non esset completū

---

§. VI.

An fideiussor pro conductore teneatur etiam pro tempore tacitè prorogato.

SVMMARIVM.

Exponitur difficultas in particularibus terminis. 1.

Rationes dubitandi. 2.

Fideiussor elapso termino, pro quo accessit, de obligatur, tàm quoad pensiones, quàm quoad alia omnia, nec eius obligatio protrahitur ex prorogatione inter contrahentes. 3.

Satisfit rationibus dubitandi. 4.

Disquisitio VI. Locauerat Titius Caio tabernam quandam cum instrumentis omnibus in ea existentibus sub onere certæ, & determinatæ pensionis quot annis durante dicta locatione soluendæ, & hoc ad sexennium iuxtà conuenta. Sed, cum anceps esset Titius de futura solutione, & de restitutione in integrum, tum eiusdem tabernæ locatæ, tum instrumentorum in eadem existentium, exegit fideiussorem, qui se tanquam principalem principaliter obligaret, tam pro pensionibus, quam pro restitutione tabernæ, & instrumentorum in eadem existentium tempore celebratæ locationis. Accessit ad hoc munus pro Caio Franciscus, qui se obligauit in forma iuxtà exigentiam eiusdem Titij. Elapso iam sexennio in conuentionem deducto per aliquot subsequentes annos tacitè in eadem locatione fuit continuatum sine noua expressa conuentione; Sed cum Titius nollet Caium in locatione continuare, peteretque rei conductæ restitutionem in eo statu, in quo concesserat, Caius propter notabilem instrumentorum deteriorationem fugam arripuit. Hic orta est controuersia, an Franciscus fideiussor possit pulsari pro restitutione tabernæ, & instrumentorum in eadem existentium pro eo statu, in quo erant, quando primo fuerunt concessa. 1

Facti series eiusq; explicatio.

Ratio dubitandi, ex eo videtur consurgere, quod non videtur renouatus, seu initus nouus contractus, sed dumtaxat ex tacita partium conuentione prorogatum tempus prioris contractus, vndè videtur ipsum comitari omnes conditiones, pacta,

& obligationes, quæ videntur inductæ in celebratione eiusdem, quod præcipuè verificatur in statu præsentis controuersiæ, secundum quem non agitur de simplici fideiussore pensionis, sed qui accedit tanquam correus toti contractui, in quo nedum obligatio soluendi pensiones continetur, sed etiam restituendi tabernam, & instrumenta integra, sicque, si per lapsum temporis expirat obligatio soluendi pensiones quoad fideiussorem, non expirat illa restituendi *Alexander cons. 72. vol. 6., Marta voto 103. nu. 3., Merlinus decis. Lucens. 24. n. 10. circa fin., & de pignor. lib. 3. tit. 1. qu 30. num. 13., Martius Medices exam. 59. num. 8., Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs. 36.* Nihilominùs

Videtur accedere tanquam correus toti contractui.

3 Respondeo, fideiussorem in data hypothesi non teneri, nec pulsari posse pro tempore tacitè prorogato, vndè elapso termino conuento cessat omnis ipsius obligatio, tam quoad pensiones, quam quoad restitutionem tabernæ, & instrumentorum in eadem existentium. Ità licet in diuersis terminis contractus cambialis *Bartolus in l. labeo §. si per fideiussorem ff. de recept. arbitr. Alexander in l. vbicunque ff. de fideiuss., Angelus in l. si vnus §. cum reo ff. de pactis, Abbas post alios in c. constitutis de fideiuss., Cardin. Zabar. in c. 1 §. nos itaque de iur. iuran., Decius in l. lecta num. 12. ff. si cert. pet.* Expressè hæc responsio colligitur ex l. *labeo §. si per fideiussorem ff. de recept. arb.*, vbi sic legitur. *In prorogatione termini debent fideiussores iterum promittere, vel alij similes adhiberi*, ergo, si iterum non promiserint, non intelliguntur amplius obligari. Vlteriùs sic euincitur, quia fideiussor ad certum terminum non potest obligari extrà illum, nisi expressè agatur, seu fuerit actum *Dinus, & Doctores in l. Lucius §. Paulus de administr. tut., Baldus, Angelus, & Alexander in l. si vnus in princip. ff. de pactis*, ergo, si expressè non concurrerit ad illam prorogationem, fideiussor non vlteriùs intelligetur obligatus; nec incongrua sanè ratione hæc in iure statuta sunt; quandoquidem æquum non est, vt quis obligetur sine suo consensu, & constituatur in periculo, in quo se ipsum non constituit, ergo elapso termino, pro quo se obligauit, non intelligitur amplius obligatus.

Non potest obligari vltrà suum cōsensum.

Confirmatur, quia in tali tacita recolatione intelligitur facta nouatio per ea, quæ dicta sunt *sub hoc eodem tit. Contractus 10. de locat., & conduct. prænot. 18. assert. 4. vers. probatur 2.* ergo saltem quoad obligationes quoad alios ab ipsis contrahentibus intelligitur extincta quæcunque actio. Vlteriùs non immoror in hac probatione, quandoquidem de ipsa latè actum est loco citat., vbi tu vide.

4 Hinc placet refellere rationem in ratione dubitandi propositam asserentem extingui obligationem fideiussoris quoad pensiones, non quoad restitutionem rei, & instrumentorum in integrum hoc pacto. Ratio, quæ eximit ab obligatione pensionum soluendarum spirato termino prioris locationis eximit etiam ab onere restitutionis rei, & instrumentorum, ergo, si elapso termino eximitur ab onere illarum, soluitur etiam ab obligatione istorum. Antecedens probatur, tum quia ratio, quæ eximit à prima obligatione est nouatio; nouatio autem sicuti extinguit absolutè priorem contractum, ita tollit quamcunque obligationem ex illo consequentem, seu eidem accessoriam saltem respectu alterius ab ipsis contrahentibus, vt sunt vulgata iura; tum quia ratio, quæ eximit à priori obligatione, ea est, ne fideiussor constituatur sine ipsius consensu in maiori periculo abeo, in quo se ipsum per proprium consensum constituit, sed hæc ratio æquè constituit, quod nō possit constitui in maiori periculo etiam quoad restitutionem rei, & instrumentorum, ergo &c. Ex quibus omnibus rectè sequitur, quod in fauorem fideiussoris militet exceptio *in l. si eum Hermes C. de locat.*, vbi dicitur, quod fideiussor ad certum tempus obligatus pro tempore prorogato non teneatur, & hinc concludunt Doctores, quod fideiussor conductoris non teneatur pro reconductione *Enrig. de fideiussoribus cap 20 §. 18. nu. 6. de Marin. resol. 136. vol. 1., Thesaur. decis. 125., Salgad. in labyrint. part. 2 cap. 27. n. 171., & seq.*

Eadem ratio, quę eximit ab obligatione quoad pensiones eximit etiam ab obligatione restitutionis instrumentorū &c.

Fideiussor cōductoris nō tenetur pro recōductione.

Ad illud, quod dicebatur, quod in hac hypothesi non interueniat nouus contractus, sed tantum quod prorogetur primus, dicendum est, hoc omninò gratis asseri, ex eo etenim, quod interueniat saltem implicitè nouus vtriusq; contrahentis consensus, intelligitur nouus contractus similis primo fieri, vndè benè notat *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs. 36. n. 4.*, quod, sicuti respectu pensionum intelligitur ratio nouationis, seu noui contractus ex integro tanquam ex noua voluntate in recolatione subintellecti, ità eadem ratio nouationis intelligatur respectu traditionis eiusdem rei quasi, quod finito primæ conductionis tempore locator præuio actu occulto restitutionis rei conductæ illam denuo conductori tradat. Sunt verba formalissima eiusdem *de Luca loc. cit.* Deindè, quidquid sit de illo nouo contractu, non tollitur, quin maius ille prorogetur ad vlterius tempus, ad quod tempus fideiussor non se obligauit, ergo ad tempus prorogatum non obligatur, atque in his præcisè terminis punctualitèr intrat doctrina *Enrig. de fideiussoribus c. 20. §. 18. n. 6., & aliorum suprà citatorum*,

Non potest ad maius tempus obligari.

§. VII.

§. VII.

An conductor sublocans rem conductam cum consensu locatorum consequatur liberationem ab oneribus conductionis.

SVMMARIVM.

Proponitur dubitatio, & rationes circà ipsã. 1.
Locator in hac hypothesi non potest dirigere actionem contrà primum conductorem. 2.
Satisfit nonnullis rationibus in contrarium. 3.

1 DIsquisitio VII. Conduxit Caius à Francisco quandam eorum domum, & ab ipsius fratribus habentibus domum pro indiuiso cum eodem Francisco ad decennium pro onere certæ pensionis quot annis soluendæ, sed anno immediatè sequenti ad contractum locationis idem Caius de consensu eiusdem Francisci, & cæterorum fratrum locatorum eam sublocauit Antonio. Re sic constituta idem Antonius per plures annos pensiones conuentas soluit eidem Francisco, & eius fratribus, à quibus semper fuit recognitus, vt conductor, nec per dictos annos, quibus Caius sublocauit Antonio, Franciscus, & eius fratres aliquem actum gesserunt cum Caio. Euenit, quod imminente iam termino sublocationis idem Antonius vergeret in decoctionem, dum adhuc magna pensionum summa soluenda remaneret. Hic excitata fuit controuersia, an idem Franciscus, & eius Fratres pro solutione pensionum non solutarum possent actionem dirigere aduersus Caium primum conductorem.

Status quæstionis, & dubiũ circà ipsam.

2 Respondeo in ea hypothesi Franciscum, & eius fratres non posse actionem dirigere aduersus Caium primum conductorem. Ità *Eminentiss. de Luca in casu simili sub tit. de locat., & conduct. discurs. 32. num. 3.* Ratio multiplex adduci potest, & primò, quia Franciscus, & eius Fratres per multos annos recognouerunt, vt conductorem Antonium, a quo etiam receperunt per eosdem annos pensiones conuentas, ergo implicitè liberarunt Caium ab onere eiusdem conductionis. Consequentia probatur, quia duo non possunt esse eiusdem rei conductores in solidum; vndè vno posito alter quoad ipsum locatorem admittentem remanet liberatus *Mantica decis. 146., Seraphinus decis. 165., Mellinus decis. 380. n. 1.* Secundò, quia nulla est in iure repugnantia, quominus accedente principalis locatoris, vel tacito, vel expresso consensu possit subconductor fieri principalis conductor, quod vtique in præsenti hypothesi euenisse certum est, cum per eundem Antonium subconductorem fuerint plures actus gesti ab eisdem principalibus locatoribus acceptati per receptionem pensionum ipsius nomine factarum, & alia, quæ vtique sapiunt naturam principalis conductoris, sed, quando subconductor fit principalis, prior conductor liberatur, vt habetur *decis. 245. part. 5. recent. alias apud Merlin. decis. 286. in Romana locationis 10. Martij 1656. coram Beuilaqua decis. 210. nu. 3. cum seq. post Zacch. de oblig. cam.* ergo &c. Tertiò, quia in præsentis facti serie nihil deest, quominus ibi interueniat propria, & perfecta nouatio, quinimmò etiam delegatio, nempè in ipso interuenit verus, & proprius consensus, tum locatoris, tum primi conductoris, & etiam acceptatio expressa eiusdem subconductoris, quæ sunt ea, quæ requirit *Vulpianus in l. delegare 21. ff. de nouation., & delegat.* ad veram delegationem, ergo extinguitur prima obligatio, & transfunditur in aliam, quæ est illa personæ delegatæ.

Duo non possunt esse eiusdem rei conductores in solidum.

Interuenit propria, & perfecta nouatio.

Dices ex ijs, quæ dicta sunt *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambijs 2. pranot. 21. num. 1. in fin. fol. 159.* ad nouationem inducendam requiritur, vt hoc expressè agatur *Glos. in l. 1. ff. de nouat.*, quamuis fiat cum additamento personæ *l. fin. C. de nouat.*, *Turri de cambijs disp. 2. q. 12. num. 8.* Sed contra respondeo iuxtà dicta eod. *tom. 2. sub tit. Contractus de cambijs 2. disqu. V. § 11. n. 3.* nouationem induci per actus incompossibiles, etiam si expressè non fuerit actum, & ipsa incompossibilitas habet vim expressi, quandoquidem stante incompossibilitate duorum simul, qui vni assentitur, ab alio necessariò debet dissentiri *l. Pomponius, §. sed, & is ff. de Procurat.*, nec expressa voluntas requiritur, vbi natura ipsa ex necessitate talem subinfert conditionem; qui enim expressè vult vnum ex incompossibilibus, ex necesse nolle videtur aliud incompossibile, & hoc sufficit ad id efficiendum, quod ex iuris dispositione efficit expressa voluntas. Cum igitur incompossibile sit, quod duo possint esse eiusdem rei conductores in solidum, ex necessitate sequitur, quod, si locator subconductorem recipit, vt conductorem etiam annuente sublocatore, liberet eundem sublocatorem, seu primum conductorem.

Incompossibilitas habet vim expressi.

Neque huic nostræ responsioni obesse possunt auctoritates *Marant. decis. 39., & Fabri lib. 4. tit. 42. defin. 28.*, quos commendare videtur *Rota in vna Roman. affictus ferreriæ 25. Iunij 1649. coram Meltio*, asserentium per receptionem pensionum à subinquilino, seu subconductore etiam præstito per locatorem consensu subconductioni non induci nouationem, neque priori conductoris liberationem; Non, inquam, obesse possunt, quia ea procedunt dum- 3

taxat

Rota loquitur in diuerso casu, & quo modo. taxat in eo sensu, quo locator permitteret conductori sublocationem, & per eundem conductorem reciperentur à subconductore pensiones nomine proprio, & ipse postea solueret conuentas pensiones primo locatori, iuxtà quem sensum ipse primus locator non recognoscit subconductorem in principalem conductorem; non autem in eo sensu, quæ primus locator præstito consensu ad sublocationem reciperet pensiones ab eodem subconductore, aliaque efficeret, secundum quæ ipsum recognosceret, vt principalem, tunc etenim intrat punctualitèr adducta superiùs ratio, quod, cum eiusdem rei nequeant esse duo conductores in solidum, ex necessitate sequatur, quod, si subconductorem agnoscat, vt principalem, debeat conductorem prius principalitèr obligatum liberare.

---

§. VIII.

An conductor, qui domum communem à duobus socijs receperat, liberetur per restitutionem clauium vni factam, & ab eodem receptam.

SVMMARIVM.

Exponitur status difficultatis. 1.

Rationes dubitandi in fauorem consocij, qui non recepit, 2.

Remota mala fide, & collusione socij recipientis non potest alter actionem dirigere aduersus conductorem. 3.

Mala fides etiam collusionis probanda est per socium contradicentem. Ibid.

Soluuntur rationes dubitandi in contrariũ. 4.

1 DIsquisitio VIII. Possidebant Andræas, & Paulus Fratres pro indiuiso, & etiam titulo societatis domum vnam vtrisque communem, quam præstito simul consensu locauerant Francisco ad aliquot annos determinatos in conuentione eiusdem locationis. Nondum elapso tempore prædictę locationis, cum idem Franciscus amplius eadem domo conducta non indigeret sic annuente, & approbante Andræa vno ex locatoribus clauem domus eidem restituit, & obtinuit liberationem. Domus deindè fuit per Andręam alteri locata, quod ęgrè ferens Paulus frater adducto motiuo insufficientiæ eiusdem secundi conductoris vexare cępit Franciscum, qui fuerat primus conductor sub prętextu adhuc durantis conductionis. Hic orta fuit controuersia, an iustè Paulus intentare potuerit talem actionem aduersus eundem Fraucifcum. Explicatur casus.

2 Considerabam in primis in fauorem Pauli, quod tempus locationis nondum cessarit, & cum contractus fuerit initus, tam Andreæ, quam Pauli consensu pro indiuiso domum communem possidentium, videbatur, quod non posset dissolui, nisi accedente etiam vtriusque consensu, qui certè in hac hypothesi non interuenit, cum solus Andræas claues domus receperit, & liberarit, nec enim vnus ex socijs videtur posse alteri præiudiciũ inferre, cum vterq; socius ius propriè acquisierit aduersus ipsũ conductorem. Deindè etiam aduertebam, quod in præsenti hypothesi Andræas recipiens clauem, & liberans non habebat mandatum à Paulo recipiendi, & liberandi, adeoque, quod illegitimè receperit, & liberarit, & semper posset esse præsumptio malæ fidei, & collusionis aduersus alterum fratrem, & consocium. Nihilominus Considerationes in fauorẽ socij non recipiẽtis

3 Respondeo, remota mala fide, & collusione Andreæ, quæ vtique esset probanda per Paulum, non potest hic iustè actionem dirigere aduersus primum conductorem liberatum per alterum consocium. Ità expressè docent *Bartolus in l., & hac distinctio §. cum fundum nu.2. ff. locati, Castrensis cons. 395. ante num.1.lib.2., Surdus cons.34., Rota decis.543.num.2., & 692.nu.3.in fin. part. 1. recent., Michalor de fratribus part.3. cap.36.* Ratio ex eo deduci potest, quia Andræas in ea hypothesi est dominus totius rei communis pro tota portione, & ex dispositione iuris à condomino mandatum habens *l. in re communi ff. de seruit. vrban. prædior. l. serui electione §. Labeo, & ibi glos. ff. de legat.* 1., *Rota decis. 64. part.4. recent. tom.2.*, & hac ratione benè dicitur, quod vnus socius alterum obligat, &, quod vni eorum per communem debitorem soluitur, fit benè solutum *Gregorius decis.302.nu.1., Duran. decis. 416. num.2. decis.545. part.4. recent. tom.2. n.5., Addend. ad Burat. decis. 810.*, ergo, si vnus receperit solutionem pensionum, & clauem domus communis cum altero fratre socio, & liberarit, rectè liberasse præsumendus est, adeo vt alteri socio nulla competat actio aduersus conductorem liberatum. Socius de iure communi à consocio mandatũ habet.

Dices, ex superiùs dictis, si vnus ex socijs domus communis velit eandem habitare, & alter velit locare, præferendus est ille, qui vult habitare, ergo etiam, si vnus velit cõductorem eandem domum habitare pro toto tempore, pro quo conuenit habitare, & alter eum liberauerit à locatione, præferendus erat ille, qui vult, vt conductor habitet. Sed contra neganda est consequentia. Ratio disparitatis in eo consistit, quod priuilegium prælationis solum conceditur, quando res communis cedere debet in personale commodum vnius ex socijs habentibus domum communem pro indiuiso, vt benè notat *Surdus cons.43., & Michalor de fra-* Instantia deducta ex superius dictis, eiusq; solutio.

fratribus part. 3. cap. 36., cæterum in alijs datur locus præuentioni, &, sicuti solutio facta vni per debitorem communem hunc liberat ab vtroque, ità liberatio ab vna facta liberat ipsum quoad vtrumque.

Dixi, *remota mala fide, & collusione*, quod potissimum contingeret, si alter ex socijs liberans excederet vires generalis mandati, quod in similibus concedi solet à iure, puta acceptalando, seu cum sola confessata solutione liberando. Cæterum hæc mala fides, seu collusio non præsumitur, vndè probanda est per socium actorem.

4 Satisfit rationibus dubitandi. Ad rationes, quas considerabam pro Paulo actore, dicendum est, eas non habere locum supposito generali mandato, quod ex dispositione iuris habet socius in re communi, ratione cuius, sicuti contrahere, & locare poterat, ità potuit distrahere, & priorem inquilinum liberare, vt alteri locaret, præcipuè quoties ex rei communis portione rectè potest consocio esse consultum, ità vt non versemur in casu subsidij, prout euenit in casu præsenti, secundum quem, cum domus sit alteri locata, videtur sufficientèr consultum eidem Paulo consocio.

---

§. IX.

An, & quando in locatione domus veniant etiam ipsius partes exteriores.

S V M M A R I V M.

Specialis hic casus secundum suas extensiones, & qualitates exponitur. 1.
Consideranda circa ipsum. 2.
Si cum apotheca tota domus tanquam vnum corpus integrale fuerit locata non ad certum vsum, sed ad quemlibet non potest locator exigere pensiones partium exteriorum sublocatarum à conductore. 3.
Si fuerit locata apotheca cum aliquibus partibus domus alijs omnibus reseruatis locatori, probabilius est locatorem posse exigere pensionem illius partis exterioris per conductorem sublocatæ. 4.
Excipe tamen in partibus necessarijs pro vsu partium eidem conductori locatarum. Ibid.
Illa pensio, seu recognitio ratione sublocationis partium lateralium æquè debetur ipsi locatori pro tempore interpellationis, ac antecedentèr ad illud. 5.

1 Disquisitio IX. Locauerat Caius quandam apothecam ad negotiandum cum aliquibus mansionibus superioribus ad habitandum ad decennium pro pensione quinquaginta aureorum singulis annis durante locatione per conductorem soluendorum aliquibus alijs mansionibus ad proprium vsum, seu habitationem per eundem Caium locatorem reseruatis in eadem domo, in qua erant illa apotheca, & superiores mansiones locatæ. In partibus exterioribus eiusdem apothecæ aptus erat locus ad certam quandam artem exercendam, quem sibi locari curauit artifex à conductore eiusdem apothecæ, quod vtique præstitit ipse conductor pro annua pensione viginti aureorum, quibus gauisus est per aliquod tempus idem conductor. Recognita re per locatorem fuit interpellatus ab eodem conductor ad sibi retribuendas illas pensiones, aduersus quem excipiebat ipse conductor, primò, quod sibi apotheca fuit cum omnibus eius vsibus, iuribus, & pertinentijs concessa, adeoque, quod non poterat prohiberi, quin per se, vel per alios posset partibus tum exterioribus, tum interioribus vti. Secundò, quod illa pensionum acquisitio tribuenda erat propriæ industriæ, quandoquidem locator partibus illis exterioribus non vtebatur, &, si ipse non locasset, ille nullam vtilitatem consequeretur. Tertiò, quod ex huiusmodi vsu nullum damnum inferretur locatori. Quartò, quod, si ipse conductor illis partibus exterioribus ad aliquod suum peculiare commodum vteretur, nullumque lucrum acquireret, nec posset locator lucrum aliquod exigere, & tamen ipse conductor gauderet vsu illarum partium exteriorum. Pro solutione.

(Partes extimæ, & interiores domus locatæ, seu apothecæ.)

2 Confiderabilia circà factum, & dubium propositū. Aduerte primò, multum conferre posse ad resolutionem præsentis difficultatis considerare, an tota domus cum apotheca fuerit locata, an verò tantum pars. Secundò, an vsus illius artis, quæ de nouo inducta est in partibus exterioribus eiusdem domus, seu apothecæ, sit extrà illum vsum, ad quem res conducta est, vel iuxtà illum. Tertiò, an locator concesso per conductorem illo vsu pro pensione viginti aureorum singulis annis persoluendorum interpellauerit eundem conductorem ad sibi tribuendam illam pensionem, necne.

3 Si tota domus fuit locatæ venit etiam cū ipsa partes extimę. Ex facti serie iam constat, non totam domum cum apotheca cum omnibus eius vsibus, seu iuribus tanquam vnum, & idem corpus integrale fuisse locatam, quamobrem in hac consideratione non esset immorandum; Nihilominus ad pleniorem doctrinam, & ad multos casus, qui crebrò in hac materia contingere possent dissoluendos, placet etiam difficultatem sub his terminis explicare, & dissoluere. Dico igitur, quod, si cum apotheca tota domus tanquam vnum, & idem corpus integrale fuerit locata non ad certum, & determinatum vsum, sed ad quemlibet vsum benè visum conductori, probabilius esse non posse locatorem exigere pensiones, quas reci-

pit

pit conductor ex illa concessione partium exteriorum apothecæ, nisi ex aliquibus coniecturis præsumatur, quod ad illum vsum, si fuisset rogatus, non concessisset; si verò fuerit locata ad certos, & determinatos vsus, tunc probabilius est, posse exigere, & rationabilitèr illas pensiones. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod, cum locator concesserit ad quemcunque vsum totam domum, videtur, concessisse quoad omnes eius pertinentias, & iura, adeoque pro eo tempore constituisse conductorem in vniuersum eius ius, & locum, & subrogasse, ergo quoad ea omnia, quæ pertinent ad dictam domum, seu apothecam conductor habet ius vtendi in quemcunque vsum, seu quoad aliqua sublocandi. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod, sicuti non potest conductor rem sibi locatam adhibere, nisi ad eos vsus, ad quos est concessa, ita neque eadem vti potest, siue in partibus exterioribus, siue in interioribus, nisi ad eos vsus, pro quibus &c., quod enim dicitur de toto intelligendum est de singulis eius partibus. Quibus positis.

Concessa domo ad quemlibet vsum potest conductor de illa disponere.

4 Respondeo iam primò, si fuerit dumtaxat locata apotheca cum aliquibus partibus eiusdem domus reseruatis cæteris partibus locatori, seu iure vniuersali quoad ea, quæ non sunt explicitè locata, probabilius est locatorem posse exigere pensiones illius partis exterioris apothecæ per conductorem sublocatæ. In hanc responsionem propendet *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs. 29. n. 3.* Ratio ex eo deducitur primò, quia, cum locauerit apothecam solùmodò cum aliquibus partibus determinatis, reliquas omnes sibi reseruãdo, videtur locasse solùmodò eas, quas expressit, quæque necessaria sunt ad illarum vsus, quas locauerit, ergo quoad illa, quæ non sunt necessaria ad talem vsum, non intrat ius conductoris, adeoque acquisita dependentèr ab illis cedere debent in commodum locatoris reseruantis &c. Dixi *quæque necessaria sunt ad illarum vsus*, ad innuendum, quod in stillicidiorum parte v.g. quæ respicit apothecæ, aliarumque partium locatarum ingressum possit idem conductor venditores sub certa recognitione admittere, quandoquidem per illam concessionem sibi adimit commodiorem aditum, & rei conductę vsus quodammodò impeditur talitèr, vt si locator concederet alijs venditoribus, vt ibi res suas venales venderent, posset meritò iuridicè conductor id ei prohibere; ex quibus deducitur, quod possit illam recognitionem recipere tanquam pretium propriæ incommoditatis. Ratio esse potest secundò, quia per illam concessionem partium exteriorum ad lanionis, vel alterius artificis exercitium nullum infertur impedimentum vsibus conductoris, ad quos apothecam, aliasque partes conduxit, ergo non potest aliquod emolumentum iuste percipere. Neque dicas, illud emolumentum excipere ex propriæ industriæ conditione, quandoquidem illæ exteriores, seu laterales partes erant per locatorem neglectæ, &, si ipse non sublocasset, nullos fructus ille percepisset; Contra enim impugnaberis, quia, cum illi fructus, vt ità dicam, ciuiles prouenіant ex ipsa re, seu partibus exterioribus per conductorem sublocatis, vtique cedere debent domino earundem, qui certè supponitur locator, cum illas partes in locatione apothecæ non præsumatur conductori concessisse, sicque non possunt illi fructus dici industriæ, sed rei locatæ, cum præcipuè illum vsum locator non concesserit; nec refert, quod, si ipse conductor non sublocasset, nullos indè fructus locator percipisset; non refert, inquam, quia, quantumuis non perciperet fructus, si res non esset locata, si tamen hæc fuerit locata, potest fructus percipere, cum sint fructus eiusdem rei, &, sicuti potest prohibere sublocationem, eandemque initam dirimere, ità illam non prohibendo, nec dirimendo potest fructus, qui ex eadem hauriuntur, exigere.

Locauit solummodò eas partes, quas expressit.

Sunt fructus ciuiles prouenientes ex ipsa re seu partibus ipsius

Ratio esse potest tertiò, quia partes exteriores, quæ ex natura sua non veniunt in contractu locationis, nec in celebratione eiusdem fuerunt expresſæ, habentur pro omissis, sed partes omissæ propriè remanent sub dominio, & dispositione domini, seu locatoris, ergo &c. Minor probatur, quia conductor non acquirit ex vi conductionis ius, nisi in ijs, quæ expresſè conceduntur, vel veniunt ex natura sua cum partibus sibi concessis, ergo &c.

Partes omissæ remanẽt sub dispositione domini, seu locatoris.

Ratio esse potest quartò, quia ex quantitate pensionis optimè argui potest, quænam partes ex voluntate contrahentium veniant in concessione, seu locatione *Alex. cons. 26. lib. 4., Surdus cons. 13. nu. 37., Menochius lib. 3. præsumpt. 73., Gregor. decis. 126. n. 9.* adeò vt, si comparatiuè ad partes tantum interiores sit excessiua, & exorbitans, intelligantur etiam venire partes exteriores, & laterales, si verò comparatiuè ad easdem sit proportionata, & æqualis, laterales, & exteriores non pręsumantur comprehensæ, sed in data hypothesi pensio comparatiuè ad partes interiores expresſè concessas est æqualis, comparatiuè verò ad partes exteriores, & laterales est inferior, quandoquidem illud, quod extrahitur ex sublocatione partium exteriorum, & lateralium ad quantitatem considerabilem ascendit, ergo &c.

Ex qualitate, & quãtitate pensionis arguitur quænam partes fuerint locatæ.

Non esset pensio ad æqualitatem.

Respondeo secundò, illa pensio, seu recognitio ratione sublocationis partium exteriorum, seu lateralium æquè debetur

ipsi locatori pro tempore interpellationis factæ per eundem locatorem, ac independentèr, seu antecedentèr ad illam, si eadem pensio extet, vel ex ea conductor factus fuerit ditior, nisi pro tempore ante interpellationem præsumatur locator cessisse iuribus suis. Est quoad tempus ante interpellationem contra *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discurs. 29. nu. 2.* Tota difficultas reducitur quoad tempus ante interpellationem, nam pro tempore post illam clarè liquet ex dictis in præcedenti responsione. Probatur igitur responsio hoc pacto. Illa pensio ex genere suo est debita locatori, cum sit fructus ciuilis iuris ad ipsum pertinentis, & in re saltem implicitè ipsi reseruata, vt concedit idem *de Luca loc. cit. num. 3.*, ergo, si talis pensio perseueret, vel in se, vel in aliquo alio, in quo factus sit ditior ipse conductor, tradenda erit ipsi locatori, vtpotè domino, nam fructus rei cedunt domino eiusdem rei; nec in sola interpellatione consistit ius locatoris, quandoquidem res ipsa semper clamat pro Domino, & iure quodam innato in ipsum fertur independenter a quacunque requisitione, & res ipsa, vtpote debita interpellat. Quod, si supponas, quod res ipsa non adhuc perseueret, nec conductor ex eafactus fuerit ditior; tunc certè ipse conductor ad aliquid non tenebitur versus dominum; quia obligatio compensationis, nec orietur ratione rei acceptæ, cum adhuc non extet, nec in se, nec in aliquo alio; nec ratione iniustæ acceptionis, cum acceperit bona fide, & in eadem consumpserit existimans prudenti credulitate se posse, seu potuisse recipere, & consumere, vt benè *Merlinus decis. 663. alias decis. 3. part. 7. recentiorum*.

Illa pensio ex genere suo est debita ipsi locatori.

Interpellatio non cõstituit debitum, sed supponit.

§. X.

An adiecti appaltatori vectigalium teneantur in solidum cum ipso appaltatore.

SVMMARIVM.

Refertur facti series, & conuentio Francisci, tum cum Regia Camera, tum cum Caio adiecto. 1.

Fiscus non habet actionem directam, & immediatam in hac hypothesi aduersus adiectum, sed ad summum obliquam, & indirectam. 2.

Satisfit rationibus, quæ pro Fisco adduci possent. 3.

1 DIsquisitio X. Suscepit in se ipso à Regia Camera appaltum vectigalium Franciscus ea adiecta cõditione, vt posset quoscunque sibi benè visos admittere in consortio talis appaltus. Admisit de facto Caium ad participationem vtilium, & damnorum iuxtà pacta inter ipsos inita, & præcipuè, vt administratio, & totale gubernium appaltuum pertinere deberet ad Franciscum priuatiue ad ipsum Caium adiectum. Post aliquos annos perijt Franciscus, cumque valde anxij essent Regiæ Cameræ Præses, & Quæstores, quod difficilior ex tali obitu redderetur consuetæ, & conuentæ pensionis solutio, actionem intentarunt aduersus Caium, contendentes ipsum esse socium eiusdem Francisci ex eodem appaltu, & obligatum cum illo in solidum, cum Fiscus in ordine ad appaltus, & iura Fiscalia æquè, & insolidum obliget omnes conductores, prout notat *Angelus in l. 1. ff. de loc. publ. fru. n., Gratian. discept. 542. nu. 22. in fin., & seq., Felic. de societat. c. 30 nu 30. Michalor de fratrib. part. 2. c. 48. nu. 23.*, nam socij quoad res à publico concessas omnes dicuntur rei debendi in solidum. Nihilominùs

Fiscus in ordine ad appaltus obligat in solidũ omnes conductores.

Respondeo in hac hypothesi iuxtà præsentis facti seriem, nullam competere actionem directam, & immediatam Fisco aduersus Caium, sed tantum obliquam, & indirectam tanquam aduersus debitorem debitoris. Ratio ex eo deduci potest, quia per Caium nullus initus est contractus cum Regia Camera, nec propriè inita societas cum Francisco, ergo eadem Regia Camera nullam habere potest actionem directam, & immediatam aduersus eundem Caium. Antecedens quoad primam partem patet, quia inter Caium, & Regiam Cameram nihil est actum; neque vim aliquam contractus infert, quod appaltus fuerit susceptus a Francisco pro se, & alijs quandocunque nominandis, quia tunc personæ nominatæ censentur socij, & contrahentes ab initio *Rota Iannens. decis. 14. num. 24. in fine cum seq., Salgad. in labyr. part. 2. c. 13. nu. 29., & 31.*, non, inquam infert, quia in vim contractus nominati non possunt obligari ad Regiam Cameram, nisi accesserit eorum consensus, qui, ex quo præcisè contraxerunt cum Francisco cum certis conditionibus inter ipsos statutis, & pactis, non præsumuntur præstitisse consensum ad obligationes, quibus se obstrinxit idem Franciscus cum dicta Regia Camera, seu cameralibus, adeoque erga ipsam, seu ipsos ad nihil tenentur saltem directè *Rota Iannensis dict. decis. 14. nu. 130., & per tot., Panzirolus cons. 156. n. 3., Gutierez lib. 4. pract. qu. 59. nu. 12., Salgad. in labyr. part. 2. cap. 26. num. 74.* Accedit, quod ex ipsis terminis conuentionis inter Franciscum, & Caium clarè liquet Caium non intendisse contrahere cum cameralibus, quandoquidem, vt in facti serie dicitur, administratio, & totale gubernium reseruatum est Francisco priuatiuè quoad eundem 2

Non est initus cõtractus cũ Regia Camera, nec societas cum appaltatore.

Guberniũ reseruatur Francisco priuatiuè.

eundem

eundem Caium, quod expressè indicat non gaudere prærogatiuis, quibus gaudet appaltator.

Probatur iam antecedens quoad secundam partem, quia de ratione societatis est, vt socij inita societate possint quandocunque velint, se ingerere in administratione, & iuribus societatis, sed in data hypothesi facti præsentis Caius, nec posset se ingerere in administrationem, nec in iuribus vectigalium, nec vllum vsum, vel fruitionem rei conductæ habere, ergo propriè inter ipsos non esset inita societas. Deindè, quando etiam in illa conuentione interueniret societas, cum hæc esset inita cum certis conditionibus inter Franciscum primum conductorem, & Caium, qui adijcitur, non cum illis, cum quibus contraxit Franciscus cum cameralibus, seu cum Regia Camera non obligatur idem Caius, nisi ad limites conuentionis factæ cum eodem Francisco ex certa, & generali regula, quod nemo obligatur, nisi ad id, ad quod per propriam voluntatem se obligat, nec vnquam obligatio vltrà voluntatem, & consensum protrahi debeat *l. 2. §. fin. ff. de administ. rer. ad Ciuit. part.*, quod præcipuè verificatur in præsenti casu, secundum quem Caius non ab initio insimul, & æquè principalitèr cum Francisco se obligauit versus Reg. Cam.

Caius nō potest se ingerere, & proindè nō est socius.

Ex quibus facilè erit respondere ad id, quod ex parte Cameralium, seu Regiæ Cameræ obijci poterat, quod scilicet ex peculiari natura conductoris, seu appaltes vectigalium contra omnes conductores actio in solidū Fisco competat *ex Theor. Angel. in l. 1. ff. de loc. pub. fruen.*, & quod, quando per primum conductorem initur conuentio cum Reg. Cam. cum conditione ab eadem acceptata, vt posset alios nominare, & participes constituere in eodem appaltu, eo ipso personæ nominatæ censeantur socij, & contrahentes ab initio, & coappaltatores cum ipso, seu conconductores *Rota Iannuens. d. decis. 14., Salgad. in labyr. part. 2. c. 13. num. 29., Ancharan. cons. 127.*; Facilè, inquam, erit respondere, hæc verificari, quando per Reg. Cameram acceptatur conuentio de personis nominandis, & per primum conductorem nominantur sub ijs præcisè conditionibus, sub quibus ipse contraxit, quia tunc ipsa persona nominata videtur, se obligare ad ea omnia, ad quæ versus Reg. Cam. se obligauit primus conductor interueniente consensu ex parte omnium, & quidem ex parte eiusdem Reg. Cameræ propter facultatem concessam ad nominandum, ex parte primi conductoris propter actualem nominationem ab ipso factam ex vi præcedentis pacti, & facultatis habitæ, & etiam ex parte eiusdem personæ nominatæ, ex quo permisit adijci cum eodem primo conductore, sine vlla prorsus limitatione. Non autem verificantur, quando primus conductor admittit cum certis conditionibus, & singularibus pactis, quia tunc adiectus, seu admissus non intelligitur obligari, nisi intra limites talium conditionum, seu pactorum, cum præsumatur se noluisse obligare cum dicta Reg. Cam., sed dumtaxat cum ipso primo conductore iuxtà modos, & pacta cum ipso inita, & non alitèr, & non alio modo.

Nō valet, quandò persona admittitur cum certis cōditionibus, & specialibus pactis.

Hinc etiam deducitur, quod Fiscus, seu Reg. Camera habeat actionem obliquam aduersus eundem Caium, tanquam aduersus debitorem sui debitoris, quia scilicet Fiscus, seu Reg. Camera pro contractibus cum particularibus personis initis obligat generalitèr omnia ipsius bona tum existentia, tum futura, & etiam nomina debitorum eiusdem, præcipuè, si debitum consurgat ex bonis eiusdem Fisci, seu Regiæ Cameræ, seu dependentèr ab ipsis, vt euenit in casu præsenti, iuxtà quem existimo procedere textum *in l. solutum §. solutam ff. de pignor. act., Cancer. lib. 1. var. c. 14. post nu. 3., Rouit. decis. 23. per tot., Ottobon. decis. 40. num. 50.*

Actio obliqua cōsistit in eo, quod Fiscus possit agere cōtra adiectum tanquam cōtra debitorum sui debitoris.

---

§. XI.

An collapsa in totum, vel in partem domo locata teneatur conductor locationem continuare, si per locatorem reficiatur.

SVMMARIVM.

Explicatur status difficultatis. 1.
Locator non potest compellere conductorem ad continuandum in locatione, si post incendium eidem non obtulerit aliam domum æquè idoneam, ipseque sibi de alia domo prouiderit. 2.
Secus, si sibi de alia non prouiderit, vel alia æquè idonea sibi fuerit exhibita. Ibid.

Disquisitio XI. Cum domum quandam cum apotheca Fabri lignarij locasset Antonius tertiæ cuidam personæ, hæc sublocauit accedente locatoris consensu apothecam cuidam Fabro lignario; contigit, vt præter omnem culpam, vel conductoris, vel subconductoris excitatum fuerit incendium in eadem apotheca per quod, vel ferè tota, vel pars principalior eiusdem domus fuit absumpta, sed postea durante tempore eiusdem locationis fuerit post modicum temporis à consumptione reparata, & in integrum restituta. Hic orta fuit controuersia, an posset compelli conductor ad reassumendam habitationem, & ad continuandam in contractu pro- 1

Casus in suis terminis.

pro pensione ab initio conuenta.

Nõnullæ considerationes circà expositum titulum.

Pro solutione considerandum est, an conductor post excitatum incendium, & domum dirutam conduxerit aliam domum sibi, rebusque suis idoneam, an verò nullam aliam conduxerit, sed res adhuc integra perseueret. Rursus considerandum est, an excitato incendio, domoque per illud diruta, seu cõsumpta locator obtulerit ipsi conductori aliam domum ęquè idoneam pro eadem pensione, quam ipse conductor persoluebat pro eadem domo diruta, an verò nullam obtulerit, sed arbitrio conductoris alterius domus prouisionem pro se, suisque rebus reliquerit. Quibus cum *Molina de contract. disp. 493.* consideratis.

Quādoq; potest cōpellere, quandoq; non.

1 Respondeo. Si secuto incendio, domusque consumptione conductor sibi de alia domo prouiderit; nec alia domus æquè idonea eidem fuerit oblata per locatorem, certè locator eadem domo reparata non potest conductorem compellere ad reassumendam in eadem habitationem, nec ad continuandam ad totum tempus conuentum in contractu; si verò hactenus sibi de alia domo non prouiderit, vel alia æquè idonea fuerit per locatorem oblata, certè per eundem locatorem poterit compelli conductor ad reassumendam habitationem, & exequendum contractum vsque ad tempus conuentum. Consentiunt in hanc responsionem *Molina loc. cit.*, & in ijs terminis *Eminentiss. de Luca sub tit. de locat., & conduct. discur. 14. n. 2.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia collapsa domo conducta, nec per locatorem alia æquè idonea substituta liber videtur omninò conductor ad sibi de alia prouidendum, qua posita æquum non est, vt sine necessitate obstringatur ad duplicem solutionem pensionis pro duplici domo, ergo stante tali noua conductione non poterit compelli ad continuandum in contractu quoad domum dirutam, & postea reparatam. Antecedens quoad primam partem patet, quia nemo sine habitatione viuere potest; quoad secundam etiam sic euincitur, quia posita necessitate domus ad habitandum, si alia non offeratur per locatorem, videtur ab obligatione versus ipsum eximi, sicuti eximitur, quando ingruente peste non potest ipsam inhabitare, ergo, si aliam conduxerit, & pro eadem de certa pensione conuenerit, non poterit ad aliam pensionem per primum locatorem compelli.

Nemo sine habitatione potest viuere.

Cum non prouidetur, conductor videtur liber.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia re adhuc integra permanente, seu non conducta alia domo, vel locatore offerente aliam domum æquè idoneam, vsquequo prior diruta reparetur, adhuc non sequitur prioris contractus resolutio *l. si quis domum l. si in lege §. si colonus, & l. cum in plures, ff. locati, Henriquez in cap. propter sterilitatem § super eo, Ciriacus cont. 459. num. 8. cum seq.;* Nec incongrua sanè ratione hoc iura decernunt, quandoquidem nulla est ratio, cur conductor non debeat in contractu perseuerare.

Per incēdiū præcisè non sequitur cōtractus resolutio.

Quod, si supponas locatorem, qui non obtulit aliam domum, obtulisse pensionem pro alia domo, vsquequo combusta fuerit reparata; tunc diceremus absolutè, reparata iam domo, solutisque pensionibus pro illa interim conducta posse per locatorem compelli conductorem ad reassumendam habitationem, & continuandum in contractu. Ratio autem ex eo deducitur, quia per hoc conductor nullum patitur præiudicium, nec ex ruina ob casum inopinatum, & fortuitum secuta prior contractus dissoluitur, quando per locatorem de opportuno interim remedio prouidetur.

Potest compellere, si pensiones obtulerit pro conducenda alia domo.

Quæ tamen dicta sunt, quod re adhuc integra permanente possit compelli conductor ad domum reparatam reassumendam, intelligenda sunt, dummodò domus reparata sit æque apta ad eos vsus, ad quos fuerat conducta primò, & ex noua reædificatione non immineat aliquod periculum, & damnum, vel in persona conductoris, suorumque, vel in rebus suis. Hanc ob causam refert *Eminentiss. de Luca sub eod. tit. de locat., & conduct. discurs. 14. nu. 5.* se protegisse causam cuiusdem librarij conductoris apothecæ, & victoriam in iudicio reportasse in casu, quo eadem hypotheca, cum fuisset prius ex casu fortuito absumpta, fuerit reparata, adeò vt fuerit absolutus à petitis per locatorem contendentem statim, vt conductor reassumeret conductionem eiusdem apothecæ, ex vi prioris contractus, hocque propter eam rationem, quod licet apotheca refecta esset, ac ruinæ consultum, non tamen esset æquè idonea ad eum vsum, ad quem per librarium fuerat conducta, quandoquidem ex fabricæ nouæ humiditate damnum contingere posset in libris, si ibi reponerentur, atque in hanc opinionem abijt *Berous cons. 140. lib. 1., Rota apud Peniam decis. 106.*

Intellige, si domus reparata sit æquè idonea.

Pro complemento eorum, quæ in hac disquisitione dicta sunt, attendendum est cum *Carocio de locat., & conduct. part. 4. sub tit. de mora n. 23.*, quod, si conductor immediatè post incendium excitatum, & domum dirutam impatiens moræ de alia domo sibi prouiderit non expectata oblatione alterius domus per locatorem faciendæ, vtique aduersus ipsum esset in iuditio audiendus locator, si offerat interesse, puta pensionem alterius domus conductæ, mercedes operarum in asportando suppellectilia, & his similia, & conductor debet sibi imputare, quod nimis fuerit impatiens in alia domo conducenda.

Potest locator offerre aliā domū, vel pensiones quousque

§. XII.

An licitum sit in contractu locationis, & conductionis purgare moram, & quomodo.

SVMMARIVM.

Proponitur difficultas in casu particulari. 1.
Regularitèr admittitur tàm locator, quàm conductor ad purgandam moram. 2.
Tempus ad purgandam moram remittitur arbitrio Iudicis. 3.
Arbitrium Iudicis regulandum est ad normam prudentis directionis attentis qualitatibus &c. 4.

1 In quo sensu accipienda sit disquisitio. DIsquisitio XII. Conuenerant inter se locator, & conductor de aliquo opere intra certum terminum perficiendo, vel de conferenda re locata ad certam diem sub quadam pæna, vel de soluenda pensione sub certa die sub pæna commissi, vel de aliquo alio simili. Posita hac conuentione pro die statuta, vel locator, vel conductor opus adimplendum non adimpleuit, & deindè paulò post adimplet, & per hoc contendit moram purgare. Quæritur iam, an sit admittendus ad moram purgandam, & quomodò.

2 Respondeo, regularitèr in materia locati, & conducti admitti, tàm locatorem, quàm conductorem ad purgandam moram, si seruentur conditiones à iure statutæ, & purgetur intrà modicum tempus. Ità expressè *Carocius de locat., & conduct. part. 4. sub tit. de mora n. 1., & sequ.* Expressè fundatur hæc responsio *in l. si in lege §. colon. vers. quod, si paucis diebus ff. locati*, vbi sic legitur. Iura euincētia intentum. *Quod, si paucis diebus prohibuit, deindè pænitentiam agit, omniaque colono integra sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet*. Hoc idem habetur *in l. & si post tres ff. si quis cautionibus*, vbi dicitur, quod in stipulationibus iudicialibus, vbi est dies, & pæna, admittatur purgatio moræ intra modicum tempus, si ius actoris non est factum deterius. Quæ iura potissimum in materia locati, & conducti præcipuum habent fundamentum in æquitate, & ratione naturali, cum procedant ex motiuo bonæ fidei, quæ maximè exuberat in huiusmodi contractibus.

3 Dixi, *si purgetur mora intrà modicum tempus*, quod aliqui extendunt ad tres, vel quatuor dies, alij ad plures, alij restringunt ad pauciores. Communior tamen est opinio, quod remittatur arbitrio Iudicis *Glosa in cap. potuit de locat., & ibi Berous num. 142. in fine, Iason in §. in bonæ fidei num. 32. Instit. de act., & in l. 2. num. 84. C. de iur. emphyth., Decius in auth., qui rem num. 9. vers., & quod hinc C. de sacros. Eccl., Tiraquel. in l. si vnquam in verbo omnia, vel partem num. 31. C. de reuoc. donat., Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 1. cas. 7. num. 13., Paulus Castrens. in l. si debitori num. 14. ff. de indic.*, atque hanc esse commuuem opinionem testatur *Carocius de locat., & conduct. part. 4. sub tit. de mora*.

Hæc, quæ dicuntur, non solum verificantur in ordine ad morosum, si purget moram per solutionem factam incontinenti *l. si ita quis §. scia de verborum obligat. Iason l. 2. num. 84. C. de iur. emphyt.*, sed etiam in ordine ad morosum in faciendo, vt si Emphytheuta, seù Vasallus alienet rem emphytheuticam, seu feudalem, eamque incontinenti recuperet *Bartolus in l. si insulam, & ibi Crotus num. 71. de verb. oblig.*, & etiam in ordine ad eundem in omittendo, vt si opus faciendum assumpserit intrà certum tempus, nec intrà illud perfecerit, perfecerit tamen posteà incontinenti, si tamen indè nullum damnum consequatur ei, qui ad tale opus alterum conduxit per ea, quæ superiùs dicta sunt *Glos. in d. cap. potuit de locat., & ibi Berous num. 61., Alexander in d. l. si insulam num. 9. ff. de verb. oblig.* Extenditur tū in ordine ad pēsiones, tū in ordine ad opus perficiendū.

4 Hoc tamen Iudicis arbitrium regulandum est iuxtà normam prudentis directionis attentis qualitatibus contractus, & personarum, alijsque adminiculis in hoc genere considerandis; non enim tempus, quod ad purgandam moram conceditur in ordine ad vnum contractum, & in ordine ad vnam personam concedendum est in ordine ad alium contractum, seu aliam personam; sic in particulari docet *Iason in d. l. 2. nu. 84. C. de iure emphyteut.*, minus tempus concedendum esse ad purgandam moram personæ diuiti, & bonis affluenti in solutione pensionis, & debiti, quam personæ inopi, & pauperi, quod etiam considerauit *Bartolus in d. l. si insulam num. 3. ff. de verborum obligat.*, sic etiam non totum tempus concedendum est ad purgandam moram in opere, quod faciliùs ex genere suo perficitur, quantum in opere, quod non nisi cum maiori difficultate potest perfici *Berous in cap. potuit num. 142. de locat., Carocius de locat., & conduct. part. 4. sub tit. de mora nu. 8. vers. considerabit 2.*, sic alij docent, quod modicum tempus arbitrio Iudicis requiratur ad purgandam moram per lapsum diei in obligatione expressi, non sic ad purgandam moram per lapsum diei à lege subintellecti, nam in hoc casu potest mora purgari vsq; ad litis contestationem *Ripa in l. si insulam num. 30. ff. de verb. obligat.* hocque expressè habetur *in l. si cum dies §. fin. ff. de arbit.*, rationemque assignat *Caroc. loc.* In ordine ad diuersas personas, diuersum tempus cōcedendum est.

loc. cit. num. 16., quia dies subintellecta non est ità certa, sicut expressa, cum sit certificanda arbitrio Iudicis.

---

§. XIII.

An mora etiam purgari possit, si sit appositum iuramentum.

SUMMARIUM.

Exponitur sensus, & status difficultatis. 1.
De iure ciuili apposito iuramento impeditur purgatio moræ, non sic de æquitate canonica. 2.
Iuramentum constituit moram geminatam. 3.

1 Disquisitio XIII. Initus fuerat contractus inter Caium, & Franciscum quo hic se obligauit versus illum ad aliquod opus perficiendum intrà certum tempus; ille verò de persoluendo pretio conuento intra determinatum tempus vterque sub quodam onere pænali, si intrà tempus conuentum promissum non adimplerit. Ad maiorem contractus firmitatem, & ad se strictius obligandos tùm ad implenda promissa, tùm ad fidem seruandam quoad tempus iuramentum adiecerunt contractui. Alter ipsorum intrà conuentum tempus non adimpleuit. Hic orta fuit controuersia, an iuramentum appositum contractui impediat purgationem moræ. *Quomodo intelligendus sit titulus*

2 Respondeo, de iure ciuili apposito iuramento impediri purgationem moræ, secus autem de æquitate canonica. Ità quoad primam partem *Baldus in l. si pacto in fin. C. de pactis, Salicetus in l. magnam col. 3. C. de commit. stipulat. in l. semel mora ff. solut. matrim., Roman. sing.* 557., *Alexander cons.* 76. *col. penult. vol.* 5., *Iason in l. si insulam nu.* 35., *& ibi Ripa num.* 90 *ff. de verb. oblig., Guido Papa cons.* 31., *Ripa in l. fin. col.* 32. *C. de reuoc. donat., Euerard. de vi iuramenti num.* 42. Quoad secundam partem *Baldus in l. qui crimen q.* 11 *C. qui accusare non possunt, Iason in §. item si quis instit. de act., Antonius Gabr. de transact. concl.* 1 *nu.* 12, *Seraphin. de iuramenti priuil.* 48 *num.* 8., *Redoanus de reb. Eccl. fol.* 499. *n.* 15., *Cost. in verb. mora non obstante, & in verb. emphyth. non soluendo circà medium, Villalobos in verb. purgatio nu.* 1., *&* 2. *Bursat. cons.* 253. *num.* 51. *vol.* 3.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia iuramentum debet aliquod operari supra id, quod exigit natura conuentionis secundum se, & fortiùs stringit contrahentes iurantes, sed iuramentum est de opere complendo, & de solutione ponenda intrà certum, & determinatum tempus, quod etiam respicit conuentio secundum se, ergò ad idem opus complendum, & solutionem ponendam intra tempus conuentum strictius, & fortius obligat, quam simplex conuentio, ergo, si stante simplici conuentione admittitur remedium purgationis moræ per celerem satisfactionem, stante, seu accedente iuramento illud non debet admitti. Accedit, quod iuramentum in iure ciuili sumitur secundum strictissimam interpretationem, adeòvt indiuisibilitèr attingat omnes conditiones, & pacta in contractu apposita, ergo ità in eodem iure debet sumi, vt non extendatur vltrà conuenta, adeoque, nec vltra tempus præfixum. *Iuramētū debet aliquod operari suprà simplicē conuentionem.*

Ratio secunda eiusdem primæ partis ex eo deducitur, quia posito iuramento mora non solum est geminata, sed etiam singulis diebus, & momentis contracta ob continuam interpellationem, quam semper facit iuramentum aduersus ipsum iurantem stimulando ipsius conscientiam ad seruandam promissionem *Immola post Ioann. Andream in c. breui de iure iurando*, sed quandò mora est geminata purgari non potest *Capyc. decis.* 19. *nu.* 4, *Marsil. in cons.* 2 *nu.* 63., *& ad hoc facit text. in l. traiectitia §. de illo ff. de act. oblig., Roman. in cons.* 352. *col.* 2. *vers.* 4. *considero*, ergo multominùs poterit purgari, quandò est cum iuramento, per quod toties, & toties est multiplicata per continuatas interpellationes. Confirmatur, quia iuramentum habet hoc ex genere suo, vt efficiat, quod ipso iure mora contrahatur absque aliqua interpellatione *Decius in l. quod te ff. si cert. pet., Socinus in suo tract. fallent. reg* 269. *incip. mora in* 7. *fallent., Corsett. in rub. de iure iurando in* 4. *priuileg., vbi allegat textum in l. eum, qui §. si iurauero ff. de iure iur., Cranett. in cons.* 64. *n.* 2. 3 *Posito iuramento mora est geminata cum semper iuramentum interpellet.* *Effectus iuramēti.*

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, (quæ tamen procedit solummodò in foro pænitentiali, & conscientiæ, non autem in foro contentioso, & iudiciali) quod Ecclesia nunquam claudit gremium pęnitentibus; atque in hanc sententiam abierunt *Iason in l. si quis maior in not.* 13. *in col. pen. C. de transact., Alexander in d. l. insulam col.* 22. *in* 12. *fall. ff. de verb. oblig.*, vbi iuxta prænotata limitat hęc procedere in solo foro conscientiæ, non in iudiciali, quasi quod quoad iudicialia, & contentiosa ius canonicum conformetur ciuili, quod esse memoria dignum ad multa, & præsertim pro limitatione *l. si quis maior C. de transaction.* afferit *Costa in suis memoralibus in verb. mora non obstante*, & quoad hoc est glosa singularis *in c. apud misericordem in glos.* 1. *in princip.* 32. *qu.* 1., quam adhoc pro singulari affecit *Ludouic. sing.* 447. *Ecclesia nunquam claudit gremium pænitentibus.*

§. XIV.

Quomodò remissio defalchi in arbitrium locatoris sit intelligenda.

SVMMARIVM.

Explicatur sensus difficultatis, & series. 1.
Locus est defalco in hypothesi præsentis in fauorem conductoris. 2.
Casus insolitus non venit in generalibus renuntiationibus. 3.
Arbitrium contrahentis resoluitur in arbitrium boni viri. 4.

1 DIsquisitio XIV. Conduxerat Andræas à quodam Regularium Conuentu seruatis debitis formis, & solemnitatibus quodam prædium rusticum, quod damnis regularitèr subiacebat locustarum, sed cum Æconomus Conuentus, qui ad locandum habebat plenum, & speciale mandatum à capitulo in conuentionibus cum conductore contenderet, vt hic se obligaret renuntiando priuilegio defalchi, in casu &c. hic se in tali casu remisit arbitrio, & discretioni locatoris, atque iuxta hanc formam initus est contractus, & efformatum instrumentum. Euenit, vt pro illo anno maior consueto ingrueret locustarum copia, & maius damnum in satis inferret, vndè contendente locatore de plena solutione pensionis conuentæ excitata fuit controuersia, an iusta esset petitio eiusdem locatoris, dum hic allegabat pactum de remissione; ille verò exciperet de pacto non absolutæ remissionis, sed in arbitrium boni viri.

Specialis cõuentio inter cõductorẽ, & locatorem.

2 Respondeo in hac hypothesi verè, & propriè in fauorem conductoris locum esse defalco, prout expresè docuit *Eminentiss. de Luca de loc., & conduct. discurs.* 4. Ad quod afferendum multis rationibus moueor; & primò, quod, quantumuis conductor cessisset iuri defalchi, hoc intelligendum est in ordine ad damna, quæ ex consueto contingere poterant in illo prędio conducto, cum, vt præfertur in facti serie, locustis regularitèr subiaceret, non in ordine ad damna extraordinaria, & intolerabilia vltrà dimidium, de quo non dubitabatur, ergo, si ex maiori, & extraordinaria earundem ingruentia damnum intolerabile contigerit, locus vtique erit remissioni, seu defalcho, cum ad hoc non intelligatur consensus cõductoris extendi; non etenim verisimile est, vt conductor præuidens, ex re conducta nullum fructum consequi posse, & ingens damnum in solutione pensionum voluerit ad pensionem se obligare; vndè non immeritò docuit *Bartolus in l. sed, & si quis §. quæsitum, ff. si quis cautionibus, Menochius cons.* 27. *n.* 18., *& seqq.*, quod, si casus sit omninò insolitus, & verisimilitèr non præuisus tanquam ex deficiente voluntate non veniat in huiusmodi generalibus renunciationibus. 3

Conuentio, si quæ esset referretur ad dãna ordinaria nõ extraordinaria

Casus insolitus nõ venit in generalibus renũtiationibus.

Secundò ex eo, quod conductor non absolutè renuntiauerit iuri remissioni, seu defalchi, sed se remiserit arbitrio, & discretioni locatoris; pactum autem, per quod vnus contrahentium se remittit arbitrio alterius intelligendum est iuxtà arbitrium boni viri, quod si iustè non procedat, resoluitur postea in arbitrium Iudicis per ea, quæ superiùs dicta sunt, & benè docent *Innocentius in c. veniens nu. vlt., & in c. sanè de renun. tiat. Iason in l. si sit, ff. de leg.* 1., *Baiard. ad Clar. §. fin. quæst.* 49. *num.* 68., *Rouit. super pragm. in rub. de composit. n.* 11. 4

Arbitriũ alterius contrahentis resoluitur in arbitriũ boni viri.

Tertiò, quia, cum in hac hypothesi agatur de actibus correspectiuis, quibus scilicet vnus contrahentium se remittit alteri, & de damno vitando in ordine ad conductorem, quicunque actus, qui videtur præcisè sapere simplicem voluntatem, resoluitur in arbitrium boni viri, & Iudicis *Gizzarel. decis.* 57. *num.* 7., vbi allegat Baldum, Afflictum, & alios *Menochius de arbitr. Iud. qu.* 7. *num.* 6., ex quibus sequitur, quod, quantumuis conductor se remitteret liberæ voluntati locatoris, etiam talis voluntas esset restringenda ad dictum arbitrium boni viri, quod in fortioribus terminis est intelligendum, quandò expresè dictus conductor in conuentione tale arbitrium, & discretionem appellasset. Ex quibus facilè erit respondere ad obiecta aduersantium, si quæ afferentur, si dicatur, ea procedere, quandò remissio est ad simplicem voluntatem, non ad arbitrium boni viri, cuiusmodi est remissio in statu præsenti, quod non solum interpretatiuè colligitur ex correspectiuitate actuum, & ex eo, quod agatur de damno vitando, sed etiam ex expressa conuentione, vt per se patet.

Arguitur ex expressa conuentione.

§. XV.

De quadam locatione ex arbitrio, seu arbitrorum compromisso facta.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis in suis terminis. 1.
Sententia asserens, quod non videatur locasse, qui breui à locatione recessit. 2.
Condemnatus locando, sed breui recedendo à locatione satisfecit compromisso. 3.
Satisfit rationibus ex aduerso. 4.

DIsquisitio XV. In quadam controuersia apud arbitros excitata inter Caium, 1

lium, & Siluestrum per eosdem condemnatus fuit Caius ad locandum certum fundum rusticum, qui vtique locauit, sed post modicum tempus à locatione recessit. Hic orta fuit controuersia, an condemnatus dicatur compromisso satisfecisse.

2 Pro parte negante faciunt hæc iura, & rationes. Primò, quia *ex l. quidquid calore, ff. de reg. iuris*, habetur, quod mulier breui reuersa non dicatur diuertisse, & per consequens etiam, quod locator breui recedens à locatione, non dicatur propriè locasse. Secundò, quia non videtur quis appellasse, qui appellationem non fuit prosecutus, sed ab eadem recessit *l. 2. C. quor. appel. non recipiuntur l. si bonam caus. C. de administ. tut.* Tertiò, quia, quis non dicitur Religionem ingressus, qui breui ab eadem recessit *Doctores in l. si quis hæredem, C. de instit., & substit.*, sicque ex vtroque capite videtur optimè deduci, quod non videatur locasse, qui breui à locatione recessit. Nihilominùs.

3 Respódeo, in data hypothesi probabilius esse, condemnatum satisfecisse compromisso *Bartolus in l. fideiussor, §. meminisse, ff. de leg. 1. in l. in numerationibus in fin. ff. de solut. Specul. in tit. de arbitris §. sequitur vers., sed pone arbitèr, Baldus in l. debitor col. penult. C. de pactis, Menochius de retin. posses. rem. 1. num. 88.* Ratio autem ex eo deducitur, quia arbiter condemnando ad locationem non condemnauit ad perseuerantiam in eadem, ergo, si semel facta est locatio, iam adimpleta intelligitur condemnatio. Ad hoc maximè facit textus *in l. in numerationibus in fin. ff. de solut.*, vbi expressè dicitur, quod quis semel locando liberatur à pœna in compromisso apposita, cui consonat textus *in l. si cum fundum, ff. de contrah. empt.*

Condemnatio ad locandũ non est condemnatio ad perseuerandum.

Hæc, quæ dicuntur, potissimum verificantur, quando condemnatio sequitur quoad actus positiuos, qui perficiuntur per vnicum actum, nec ex genere suo exigunt perseuerantiam ad sui sustantiam, quæ non ità vniuersalitèr verificantur in actibus negatiuis, qui quandoque, vtpotè malignantis naturæ, non dicuntur completi, nisi sint cum perseuerantia; vndè, si Iudex præciperet conductori, vt à prædijs sibi locatis recederet, non diceretur adimplesse condemnationem, si recederet, & postea immediatè rediret *Bartolus in l. sicut, §. superuacuum, ff. quib. mod. pign., vel hypoth. solu.*, negatio etenim actionis non respicit modicum tempus. Vlteriùs præcipuè verificantur, quandò per vnũ actum, ad quem quis est condemnatus, procedit ex necessitate ad alium actum, ex quo resultat noua obligatio; vt euenit in præsenti hypothesi, secundum, quam condemnatus adimplens condemnationem alteri obligatur, cui res suas locat; vndè, si ille recedat, habet hic actionem ex conducto ad continuationem; cæterum quoad condemnationem opus est iam adimpletum.

Verificatur potissimum quoad actus positiuos, qui per vnicum actũ perficiuntur.

Iam ad ea, quæ ex aduerso afferebantur pro parte negante, respondendum est, & quidem ad illud de muliere, quæ recessit, & breui redijt dicendum est, hæc solummodò verificari quoad actum moralem, & quoad pœnas vitandas, in ordine ad quod iura pro nihilo reputant illum recessum posito immediatè reditu; in casu autem, de quo loquimur, locatio verè, & physicè fuit facta, nec attendenda est moralis continuatio, cum non fuerit in condemnatione præcepta. Ad illud, quod dicitur de appellatione dicendum est esse specialem dispositionem iuris, secundum quam, qui non prosequitur appellationem quoad effectum, proindè est ac si non appellarit, quod non euenit in nostra hypothesi, secundum quam posita locatione potest per conductorem actione ex conducto obligari ad continuandum. Ad illud, quod dicitur de ingressu, & de immediato recessu à Religione dicendum est, hæc non ita esse vera, vt asseritur, quin plerique contrarium doceant. Deindè hæc solummodò verificantur in ordine ad priuilegia Religionis, non autem quoad implementum ingressus.

Satisfit rationibus ex aduerso appositis.

---

§. XVI.

An locator operarum teneatur perseuerare ad tempus conuentum cum hæredibus conductoris.

SVMMARIVM.

Factum in suis terminis. 1.
Sententia asserens non teneri perseuerare, eiusque rationes. 2.
Sententia obligans ad perseuerandum. 3.
Si hæredes, conductoris defuncti fuerint eiusdem excellentiæ, & peritiæ in arte, locator operarum potest compelli ad perseuerandum, secus, si non fuerint eiusdem peritiæ. 4.

Disquisitio XVI. Ad effectum discendi quandam artem quidam adolescens locauit operas suas ad triennium cuidam perito artifici in illa arte, quam adiscere cupiebat idem adolescens. Facta conuentione, & vix incohata locatione idem artifex fato occubuit. Hic excitata fuit controuersia inter eundem adolescentem, & hæredes eiusdem artificis circà onus perseuerandi, vel non perseuerandi vsque ad tempus conuentum cum artifice defuncto in dicta locatione. 1

Allegabatur primò pro eodem adolescente 2

Rationes locatoris scente textus *in l. nemo C. locati*, vbi videtur asseri, quod nemo cogi potest ad refirmam locationis iam factæ, & cum ipse locauerit operas suas fabro determinatè tunc viuenti, non videtur posse cogi ad continuandum cum alia persona ab ipso non electa. Addebatur vlteriùs textus *in l. inter artifices ff. de solut.*, vbi dicitur, quod in operis artificialibus, in quibus vertitur ingenium, & disciplina, in dubio intelligatur personæ industria electa.

3 Rationes hæredum cóductoris. Ex aduerso pro parte hæredum artificis defuncti adducebatur textus *in l. si quis rem §. fin. ff. de pollicit.*, vbi dicitur, quod voti etiam obligatio ad hæredem transeat, ex quo deducitur, quod, si hæredes ex voto defuncti obligantur, alij etiam, quos obligauit ex voto, seu ex contractu ipse defunctus, obligati remaneant ipsis hæredibus. Ad quod etiam inferendum adducebant textum *in l. iuris gentium §. pactorum ff. de pactis*.

4 Responsio cum distinctione, eiusque probatio. Respondeo cum distinctione, vel enim hæredes artificis defuncti sunt eiusdem excellentiæ, & peritiæ in eadem arte, in qua erat ille artifex, vel minoris peritiæ, & excellentiæ. Iuxtà primum sensum potest adolescens locator operarum compelli ad perficiendam locationem operarum cum hæredibus defuncti vsque ad præfinitum tempus. Iuxtà secundum verò nequaquam. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia nulla potest esse ratio recessus à tali locatione, quandoquidem locatori operarum nullum infertur præiudicium, & iuxtà hunc sensum præcipuè verificatur textus *in d. l. si quis rem §. fin. ff. de pollicit.* Quid enim obstat locatori ad edifcendam artem, quod ab vno, vel ab altero edifcat, quando vterque est æquè idoneus? Confirmari potest

Euincitur paritate rationis. a paritate, quia, si domus aliqua fuerit locata, & ex impedimento non possit per conductorem habitari, conductor tenetur continuare locationem, si locator aliam domum æquè idoneam offerat ad habitandum per ea, quæ superiùs latè tradita sunt, ergo etiam, si quis alteri locauerit suam industriam, & peritiam ad ipsum instruendum in aliqua arte, seu potius ipse locauerit suas operas alteri in ordine ad discendum ab ipso aliquam artem ad aliquod tempus determinatum, & ipse artifex morte prouentus non possit illam artem docere, adhuc tenebitur ipse operarum locator perseuerare in contractu, si hæredes æquè idonei cum ipso artifici sufficiantur; non enim video in hoc disparem rationem.

Ratio secundæ partis deducitur primò *ex d. l. nemo C. locati*. Secundò argumento *l. nemo est ff. de duobus reis*. Tertiò *ex l. vnica §. ne autem C. de caduc. tol.*, hancque opinionem communem reputat *Alber. ad l. inter artifices, ff. de solut.*, *Ioannes de Amic. cons. 100. per textum in l. ità stipulatus §. Chrisogonus ff. de verb. oblig.* Ratio vlteriùs addi potest, quia deficientibus conditionibus, secundum quas quis contraxit, non tenetur in contractu persistere, nec quis tenetur cum persona perseuerare in contractu, cum qua non contraxit, nec fortè, & rationabilitèr contraxisset, si cogitasset.

Sic conciliantur opiniones, quæ videbantur appositæ. Atque iuxtà allegatam distinctionem optimè conciliari existimo opiniones in hoc genere, quæ alioqui videntur inter se discordes, & dissonantes; nam opinio negans procedit dumtaxat in terminis, secundum quos persona hæredis non supponitur æquè idonea, & sic verificantur iura supra allegata, opinio verò affirmans verificatur in terminis, secundum quos persona hæredis, quæ sufficitur, supponitur æquè idonea, ac defunctus, cui sufficitur, & sic verificantur iura pro eadem allegata. Atq; hæc dixisse sufficiat quoad contractus locationis, & conductionis ad laudem Omnipotentis Dei, Deiparæque Virginis, & Doctoris gentium.



CON-



CONTRACTVS XI.

De Pignore, & Hypotheca.



A est humanarum rerum viciſſitudo, quæ vix ſub ſole exoriuntur, vt labili vetuſtate ad interitum protrahantur. Nihil firmum in terris, quod non infirmetur, nihil ſtabile, quod non ſubſultet, & non euellatur. Quod, ſi hæc inconſtans eſt in rebus ipſis ſeries, & inſtabilis conditio, debilior eſt in voluntatibus, quæ ex genere ſuo ſunt deambulatoriæ, exitus, & ſtatus infirmior, quarum vix actus exoritur, vt per contrarium aboleatur. Hinc rebus, & mentibus vna eſt conditio, & æqualis exitus, quibus obuia iura, vt firmitatem conſtituant in humanis commercijs, quantum rerum ipſarum patitur infirma ſeries, peculiares quoſdam inuexere modos, quibus aliæ alijs ſubſtituantur, & firment in ſubſtitutis actus, qui in rebus ipſis ſecundum ſe, vel euictione, vel rerum, voluntatumque commutato ordine collaberentur. Hinc in contractibus pignora, & hypothecas conſtituerunt, quibus contrahentes coercentur, nè à conuentis reſiliant, & contractus ipſi roborantur, nè in ſe ipſis deficiant, ſed in robore per mutuos contrahentium conſenſus ſuſcepto confirmentur. Hæc contractuum munimina, pignoris ſcilicet, & hypothecæ naturam examinandam aſſumimus, nè qui toti verſamur, & verſati fuimus in contractuum iuſtitia, vel iniuſtitia ſtabilienda, in eorundem firmitate perquirenda penitùs deficiamus. Vtilis ſanè materia, nec iniucunda ratio perquirendi, vndè nec labor inanis, nec ſtudium erit inutile, nec inſuaue. Vtramque hanc contractuum firmitatem, ſeù potiùs vtramque ſpeciem contractuum ſub vno, eodemque titulo comprehendimus, nam ſeruant ad inuicem ſimbolicam vnitatem, & in paſſionibus non diſſimilem habitudinem.

De pignore extat integer *tit. in ff. vet. de pignor. lib.* 20., *& ibid. lib.* 13. *tit.* 7. *de pignor. act.*, *& in C. lib.* 8. *tit.* 14., *& ibid. de pignor. act. lib.* 4. *tit.* 24., & in iure Canonico *in Decretal lib.* 3. *tit.* 21. De pignore agunt fusè Doctores, tàm iuris ciuilis interpretes *in allegat. tit. tàm ff.*, *quàm C.*, tàm Canonici *ſub tit. de pign.*, & ſub eiſdem ferè titulis, ſub quibus agunt de pignore, agunt etiam de hypothecis, & in vniuerſum Theologi in ſecunda ſecundæ D. Thomæ. Tandem per integra vol. *Antonius Neguſantius*, *Franciſcus Balduinus*, *& Hugo Donellus*, & per integros tractatus. *Azorius inſt. mor. part.* 3. *lib.* 7. *per totum*, *Molina tom.* 2. *de contractibus*, *Ognate tract* 20. *diſp.* 56., *Leſſius*, *& alij*, & fuſiùs, *Merlinus*, *& ſummiſtæ ſub ſuis tit.*

PRÆ-

PRÆNOTIO I.

Quid sit pignus, & hypotheca, & quomodo inter se conueniant.

SVMMARIVM.

Definitio nominis quoad pignus, & hypothecam. 1.

Discrimina inter pignus, & hypothecam. 2.

Definitio germana pignoris, & hypotheca. 3.

Discrimen inter pignus, & hypothecam à fideiussione. 4.

Discrimen pignoris, & hypotheca à cæteris omnibus contractibus. 5.

Causa finalis pignoris, & hypotheca. 6.

Pignus, & hypotheca non differunt essentialitèr. 7.

1 MVltiplicitèr sumi potest nomen pignoris, sicuti etiam hypothecæ, primò secundum illam colligationem, per quàm res ipsæ dicuntur vinculatæ, in quo sensu extat in iure ciuili titulus *quib. mod. pign., vel hypoth. sol.* Secundò pro re ipsa, quæ alicui in securitatem traditur, vel alligatur; in quo sensu dicitur pignus creditori tradi, vinculari, vendi, vel distrahi. Tertiò pro ipso contractu, quo res, vel oppignoratur, vel hypothecæ subijcitur. Iuxtà hunc tertium sensum principalius procedit titulus, circa quem non diutius immorandum in Ethimologia nominis inquirenda, quandoquidem constat pignus, quod est nomen latinum, deriuari à pugno, cum res, quæ pignori datur, pugno capiatur, & quę pignori dentur manu traduntur *l. plebi §. pignus ff. de verb., & rer. signif.* hypothecam verò, quod est nomen græcum, deriuari ab *hypo*, quod significat *sub*, & *tichi*, quod significat *positum*, quasi quod per huiusmodi contractum obligationi reali supponatur res in securitatem eius, cui hypothecatur. His igitur omissis, vtpotè præsenti instituto parum facescentibus ad rei quidditatem inuestigandam accedendum est, quàm, vt explicent, in varios abeunt Doctores dicendi modos, qui tamen omnes conciliari possunt in vnum, & germanum sensum; nec vacat singulos recensere, cum videri possint apud Doctores, & præcipuè apud *Ognate d. tract. 20. disp. 56. sect. 1. n. 10., qui plures collegit, & refert ibid.*

Quot modis sumatur pignus.

Ethimologia nominis quoad hypothecam.

2 Antequam tamen ad veram, & germanam definitionem deueniamus, ad effectum, vt innotescat, an sub vna, & eadem acceptione cadere possint, tàm pignus, quàm hypotheca, consideranda sunt discrimina, & conuenientia, quæ, seu quam seruant ad inuicem, & quidem non differre, nisi in sono verborum asserit *Martianus cap. 5. §. vlt. de pignor.*, sed re vera differunt inter se in eo, quod pignus ad creditorem transit, non sic hypotheca, seu res hypothecata *l. 9. ff. de pign. act.* Secundò in eo, quod pignus est de re mobili, quod præcipuè ex ethimologia nominis euincitur, dum dicitur, quod pugno traditur, & pugno accipitur iuxtà superiùs dicta, hypotheca verò de re immobili *l. plebs §. pignus ff. de reg. iur. §. item seruiana Instit. de action.* Quamuis autem in his seruent diuersitatem, plurimam tamen inter se habent conuenientiam; & primò in eo, quod tàm pignus, quàm hypotheca respiciant securitatem creditoris *Ognate d. tract. XX. de hypotheca, & pign. disp. 56. sect. 1. num. 8.* Secundò in eo, quod statuta in iure de pignore, de hypotheca intelligenda sint *Vsemb. tit. de pignor. num. 3., Negusant. p. 1. de pignor. n. 8., & 9., Panormit. c. cum aliquibus de sent. & re iud. num. 6., Molina disp. 529. §. vtrum autem, Vasquez opusc. de pignor. part. 1. §. 1. num. 6.*, vndè *Iustinianus in tit. de action.* eandem actionem videtur constituere in hypothecaria, ac in pignoratitia. Quia conuenientia, & discouenientia sic stante in ordine ad definitionem vtriusque, modo controuertitur, an talis sit conuenientia, vt vterque contractus cadere possit sub eadem definitione; an verò discouenientia talis, vt vterque simul nequeat vno, eodemque conceptu attingi. Existimo non ità differre substantialitèr attento præcipuè fine, ad quod sunt instituti huiusmodi contractus, vt nequeant sub vna quidditatiua ratione venire; nam in primis rei mobilitas, & immobilitas non officit, quandoquidem non parui nominis Doctores asserunt præscriptionem, & vsucapionem differre ratione mobilitatis, seu immobilitatis rerum, quæ præscribuntur, & vsucapiuntur, & tamen vtramque sub eadem definitione constituunt per ea, quæ dicta sunt *tom. 1. sub tit. Contractus I. de contract., vt sic prænot. 2.*; nec minus officere posse videtur, quod pignus tradatur creditori, non sic res hypothecata, quæ remanet penes debitorem, quandoquidem hoc contingit ex natura earundem rerum; non ex conditione contractus, præterquam, quod in iure passim in ordine ad finem, ad quem tam pignus, quàm hypotheca sunt instituta, confunduntur, vndè prædia dicuntur pignorari *l. 1. §. cum prædium pignori daretur ff. de pign.*, & æquè pignora, & res hypothecatas suscipi *l. 2. ff. eodem*, & vsusfructus æquè dicitur posse subijci pignori, & hypothecæ *l. is, qui §. vsusfructus, & l. grege pignori obligato ff. eodem*. Ex quibus satis clarè liquet ex fine primario, ad quem instituta sunt, non differre specie substantiali, sed ad summum accidentali. Quibus positis sit.

Pignus dicitur à pugno.

In quibus cōueniūt pignus, & hypotheca.

Non ità differunt, quin possint cadere sub vna, & eadē definitione.

Etiā immobilia dicuntur oppignorari.

Assertio. Sub generali acceptione, & substantiali benè definitur tàm pignus, quàm hypotheca. *Est contractus, quo res obligatur creditori pro securitate debiti.* Conueniunt in hac definitione *Hostiensis tit. de*

pi-

pignor. num. 1., *Angelus, & Siluester in verb. pignus in princip.*, *Negusant. tract. de hypoth. lib. 1. p. 1. num. 3.*, *Vasquez opusc. de pignor. c. 1. §. 1. n. 1.*, *Ognate d. tract. 20. qu. 56. sect. 1. num. 11.*

Probatur, & explicatur. Dicitur *contractus*, quæ particula stat loco generis, & per ipsam conuenit cum alijs omnibus contractibus. Dicitur, *quo res obligatur*, & per hanc particulam potissimum contradistinguitur à fideiussione, nam pignus, seu hypotheca respicit res, eiusque actio est realis, fideiussio verò respicit personas, eiusque actio est personalis, vt optimè notat *Balduinus de pign., & hypoth. cap. 2.*, & *Ognate d. tract. 20. qu. 56. sect. 1. nu. 12.*, neque obesse potest, si asseratur, quod quandoque certæ personæ dicantur veluti pignore obstringi, cuiusmodi sunt obsides, qui plusquam fideiussores obligantur, nam tenentur, vt captiui *l. Diuus ff. de iure fisci l. obsides, ff. de testamentis*, & iuxtà hunc sensum optimè dicitur, quod redemptus ab hostibus sic obligatur suo redemptori, vt licet seruus non sit, tamen pignoris vinculo teneatur, donec restituerit pretium suæ redemptionis *l. senatus §. vlt. ff. de leg. 1. l. qui testamento hæredes §. 1. ff. de testam. l. is ff. de captiu. & l. 2. C. de post lim. reuer.*; non, inquam, obesse potest, quia sub hac consideratione non denegauerim, quandoque personas computari inter iura realia, vt sunt mancipia, & serui propriè sumpti, qui, sicuti possunt vendi, & alienari, ita etiam possunt oppignorari; hoc tamen de facili non concederem, nisi per quandam similitudinem in obsidibus, & redemptis, qui licet dicantur obstricti, non tamen in rigore possunt dici oppignorati, quia personæ liberæ, sicuti non possunt vendi, ità nec propriè pignori subijci; vndè allegata iura procedunt solummodò de quadam pignoratione similitudinaria, non propria, & rigorosa. (Personæ liberæ nō possunt propriè oppignorari.)

5 Cum igitur fideiussio respiciat personas, pariatq; actionem dumtaxat personalem, & pignus, seu hypotheca res, seu iura realia, actionemque realem constituant, non incongrue nonnulli deducunt maiorem esse cautionem pignoris, quàm fideiussionis *l. 25. ff. de reg. iur.*, & faciliùs homines bene cauti credunt sub pignore, ac credant sub fideiussione; vndè elegantèr cecinit *Martialis in quodam Epigramate lib. 12.* (Maior est cautio pignoris, quā fideiussionis, & quare.)

Cum rogo te nummos sine pignore; Non habeo inquis;
Idem si pro me spondet Agellus habes,
Quod mihi non credis veteri Thelesine sodali
Credis collicollis, arboribusque meis.

& conformitèr ad hæc dicta præcipiebatur antiquitùs, ne Præses pecuniam publicam sine cautione pignoratitia cederet *l. 33. ff. de pignor.*

Hæc obligatio rei in pignore, & hypotheca non est cum translatione dominij rei oppignoratæ, & hypothecatæ, adeoque per hanc particulam contradistinguitur ab illis omnibus contractibus, per quos rerum dominia transferuntur, & sic à venditione, mutuo, alijsq; &c., nec item cum translatione dominij vtilis, & vsusfructus, & per hoc contradistinguitur ab emphytheusi, & à locatione, & similibus; nec item regularitèr cum concessione vsus, & sic contradistinguitur à commodato. (Discrimen pignoris, & hypothecæ à cæteris omnibus contractibus.)

Dicitur tandem, *in securitatem crediti*, & per hanc particulam indicatur causa finalis, ob quam inducta fuerunt pignora, & hypothecæ, & per eandem quodamodo contradistinguitur pignus, & hypotheca à deposito; nam depositum ex natura sua regularitèr fit in fauorem deponentis, pignus verò, & hypotheca in commodum, vtilitatem, & securitatem eius, cui res oppignoratur, seu hypothecatur. 6 (Finis pignoris, & hypothecæ.)

Ex ijs, quæ hactenus dicta sunt, clarè liquet, quod attento fine, & natura institutionis pignus, & hypotheca non inuoluant differentias essentialiter diuersas, sed dumtaxat accidentalitèr, nec sint duæ species substantiales, sed tantum accidentales ex parte rerum, quæ obligantur, quatenus aliquæ sunt mobiles, aliquæ immobiles, respectu quarum etiam est quid accidentale in ordine ad finem, quod tradantur, vel non tradantur, dummodò remaneant obligatæ. Si tamen optes pressiores definitiones attingentes etiam qualitates pignoris, & hypothecæ prout accidentalitèr inter se distinguntur, sic poteris efformare. Pignus est *contractus, quo res obligatur, & traditur creditori in securitatem crediti* hypotheca verò *est contractus, quo obligatur, sed non traditur &c.* (Pignus, & hypotheca nō differunt essentialitèr.)

PRÆNOTIO II.

Quotuplex sit pignus, & hypotheca.

SVMMARIVM.

Pignus aliud prætorium, aliud iudiciale, aliud conuentionale. 1.

Discrimen inter pignus prætorium, & iudiciale. 2.

Discrimen inter prætoriū, & conuentionale. 3.

Pignus aliud latè, aliud strictè sumptum. 4.

Hypotheca alia specialis, & generalis, & quid vtraque. 5.

Prælatus Ecclesiasticus, & regularis potest obligare bona Ecclesiæ generalitèr, non specialitèr. 6.

Hypotheca alia de re propria, alia de re aliena. 7.

Hypotheca alia tacita, alia expressa, & quid vtraque. 8.

1 Diuidunt primò Doctores Pignus, quod etiam verificatur de hypotheca in prætorium, iudiciale, & conuentionale. Primum est, quod, vt ait *Iustinianus in l.2. C. de prætor. pig.*, per prætorem, vel per Iudicem conceditur. Secundum est, quod à iure, vel per iudicium consummatum inductum est. Tertium, quod per expressa pacta, vel cōuentiones partium inuehitur. Confundunt aliqui accipientes pro eodem pignus prætorium, & pignus iudiciale, & præcipuè *Balduinus de pignor., & hypotheca c.8. in fine*, vbi asserit Iuris consultos, ne quidem nominare pignus iudiciale. Sed

Prima diuisio pignoris in prætorium iudiciale, & conuentionale.

2 merito hanc confusionem terminorum pro eodem reiiciunt ex legistis *Negusantius de pignor. tert. memb. tertiæ part.*, *Alexander in l. à D. Pio §. in vendit. penult. col. vers. quærit Bart.*, *Bartolus in l. properandum, §. sin autem reus C. de iudic.* ex Theologis *Molina disp.528.*, *Siluester verb. pignus num. 1.*, *Filliucius tract. 38. c.9. num.166.*, *Ognate d. tract.20. disp.56. sect.2. num.30. vers. pignus prætorium*. Discrimen in eo præcipuè assignant Ognate, & alij, quod in pignore prætorio creditor immittitur in possessionem ex eo, quando debitor sit, seu fuerit contumax in comparendo ex primo decreto, & ante sententiam definitiuam; in pignore verò iudiciali creditor immittitur in possessionem per vltimam sententiam definitiuam, vel per aliam rationem, quæ paratam habeat executionem, donec debitor debitum soluat. Negusantius verò vlterius procedens asserit, quod in pignore prætorio, quando est facta immissio ex primo decreto ante sententiam definitiuam debitor infra annum in reali, & intra triginta annos in personali possit recuperare tenutam reficiendo expensas, & cauendo de iudicio sisti, vt habetur *in auth. et, qui iurat C. de bon. auct. iud. pos., & c.1. de dol., & contum.*, in pignore verò iudiciali, quando facta est immissio pro executione sententiæ non auditur reus volens recuperare possessionem, licet offerat expensas, & satisdationem prædictam, sed requiritur, si vult recuperare pignus, vt soluat illud, in quo est condemnatus *Alexander in d. l. properandum, §. sin autem reus in prima col. in verb. in ea perpetuo auditur*.

Differunt pignus prætor. ũ, & iudiciale.

Dices, hanc diuisionem vtpotè non seruantem regulas rectæ diuisionis non subsistere, quia membra diuidentia non continentur sub toto diuiso, nec vt species sub suo genere, quandoquidem nec pignus prætorium, nec iudiciale sunt propriè contractus. Sed contra, quia iuxta superiùs dicta pignus non solum sumitur pro ipso contractu, sed etiam pro re ipsa obligata creditori, in hac autem diuisione propriè non diuiditur pignus, prout est contractus, sed prout importat rem quocunq; modo obligatam, quæ potest esse talis, vel prætorio iure, vel iudiciali, vt supra. Cæterum in rigore solum contractus est pignus conuentionale, cum hoc solum importet mutuum vtriusque contrahentis consensum, in quo consistit contractus.

Pignus sumitur pro re obligata creditori

Hinc vlteriùs patet aliud discrimen inter pignus prætorium, & conuentionale; quod illud propriè non est, donec auctoritate Iudicis creditori res tradatur, nec sufficit sola eiusdem iussio *l.1., & 2., & ibid. Glosa C. de pign. præt.*, *& l. non est missum C. de pignor. act.*, *Mantica lib.11. tit.2. nu.3.*, *Molina disp. 529. §. quod ergo*, dummodò iusto aliquo, & legitimo impedimento non vetetur tradi; conuentionale verò potest esse etiam sine traditione per solam partium conuentionem, vt infra videbimus.

Quomodò differat prætorium à conuentionali.

Diuidunt secundò, pignus in idem latè, & strictè sumptum, atque hæc est potius subdiuisio pignoris conuentionalis. Pignus primo modo sumptum inuoluit quamcunque hypothecam, seu obligationem rei in securitatem creditoris, siue illa res tradatur, siue non tradatur, siue fuerit mobilis, siue immobilis; secundo verò modo acceptum est per rem mobilem, quæ tradatur creditori in securitatem sui crediti iuxtà ea, quæ diximus in præcedenti prænotione. Hac eadem ratione potest subdiuidi hypotheca, quæ quatenus sumitur latè, comprehendit etiam pignus in re mobili, & tradita creditori, quatenus verò sumitur presse, solummodò importat obligationem in re immobili inductam in fauorem eiusdem creditoris. Inter vtrumque pignus scilicet, & hypothecam strictè, vel latè sumptum agnoscunt ex consequenti Doctores Iuristæ alia discrimina, & primò, quod in pignore presse sumpto actio hypothecaria non possit præscribi aduersus creditorem possidentem, quia cum possideat non potest ei imputari, quod non egerit hypothecaria; in pignore verò latè sumpto hypothecaria verè potest præscribi, & quidem quando pignus est apud tertium possessorem possidentem titulo actionis hypothecariæ competenti creditori, talis actio inter præsentes præscribitur termino decem annorum, inter absentes termino viginti; quando verò tertiùs possessor possideat sine titulo, tunc requiruntur anni triginti ad præscribendum aduersus creditorem *l. cum notissimi in princip. C. de præscript. 30. ann.*, quando verò pignus est penes debitorem possidentem, vel eius hæredem ad præscribendum requiruntur quadraginta anni *l.1. §.1. C. de annar. except.* Hæc omnia colliguntur *ex glosa in dict. l. cum notissimi in princip. in verb. spacijs C. de præscript. 30. ann.*, *& ex Angelo de Aret. in §. item Seruiana in vlt. col. super glos. in verb. nihil interest Instit. de action.* Secundò differunt pignus presse, & latè sumptum in eo, quod quando

Explicatio pignoris latè, & strictè sumpti.

Discrimina, quæ intercedunt inter pignus latè, & strictè sumptũ.

quando pignus latè sumptum contractum est sine conditione, regularitèr creditor non potest agere hypothecaria aduersus secundum possessorem, nisi priùs excusso principali debitore *auth. hoc si debitor C. de pign.*, quando verò pignus est presè sumptum per traditionem rei oppignoratæ factam creditori, quantumuis hic cadat à possessione ex aliquo casu, potest agere hypothecaria contrà possessorem non excusso priùs principali *Alexander post Raphael. in repet. in l. sæpè col. 30. in verb. secundariò dicitur.*

5 Diuidunt tertiò hypothecam in specialem, & generalem, quod etiam saltem impropriè sumpto vocabulo potest intelligi de pignore. Prima est, qua aliqua bona debitoris solummodò creditori obligantur. Secunda, qua omnia bona in securitatem creditoris hypothecæ subijciuntur. Non erit hic sermo de obiecto vtriusque, ad quænam scilicet extendantur huiusmodi hypothecæ præcipuè generalis, cum de eodem agetur infra ex professo, sed solummodò de discrimine earundem inter se, tum ratione modi, tum ratione effectus, tum ratione aliorum. Sex igitur discrimina inter vtrumque assignat *Negusantius de pignor. memb. 1. 2. partis principalis num. 1., & seqq.* Octo verò *Ognate d. tract. 20. disp. 56. sect. 2. num. 42.*, sed in illis sex ista octo, & in istis octo illa sex referuntur. Primum est, quod ad specialem hypothecam requiritur, vt pro tempore, pro quo inducitur obligatio, res obligata sit sub dominio, vel quasi debitoris *l. 1. in princip. ff. de pignor.* ad generalem verò sufficit, etiam si bona post contractam obligationem superueniant in bonis eiusdem debitoris, vt benè notat *Bartolus in d. l. 1. in princip., & l. ea, quæ nondum §. 1. ff. de pignor.* Secundum est, quod in hypotheca generali debitor, quandò conuenitur hypothecaria, potest excipere de dominio alterius ipsum nominando, pro quo possidet, & fructus percipit, rem, aduersus quam agitur, vtpotè alienam non fuisse comprehensam in generali obligatione, per quod transfert onus in creditorem probandi de dominio directo, & vtili, vel quasi ipsius debitoris ad effectum, vt possit obtinere in causa; in speciali verò, quando debitor conuenitur hypothecaria non potest illo pacto excipere, quia tunc ipso facto conuincitur de mendacio, & de dolo *l. si inter colonum §. primo ff. de pignor.*, *& l. rem alienam ff. de pignor. act.*, *Salicetus in l. cum res in penult. col. in vers. capio igitur C. si res alien. pig. da. sit Alexander in l. si pignore §. 1. ff. de pign. act.* Tertium est in ordine ad bona Ecclesiastica, quod Prælatus in ordine ad contractus à iure permissos potest obligare bona Ecclesiæ generalitèr sine traditione arg. à contrario sensu deducto *in c. nulli in verbo specialis hypotheca de reb. Eccl. non alien.*, non sic potest obligare bona specialitèr *d. c. nulli de reb. Eccl. non alien.*, rationemque huius discriminis assignant *Doctores, & præcipuè in §. nos igitur in vers. specialis, & in verb. creditoribus in auth. de non alien.*, quia plus iuris constituitur creditori per speciale pignus, quam per generale, quod euincitur ex eo, quod dicitur *in l. 3. C. de seru. pig. dat. man.* mancipia, quamuis generalitèr obligata, possint manumitti, secus, si sint specialitèr hypothecata. Secundum est in ordine ad bona mariti donata vxori causa mortis, quæ, si fuerint alteri specialitèr hypothecata, reuocantur, secus si generalitèr, & quidem quoad bona specialitèr hypothecata habetur *ex l. 3. C. de legat.*, *& in l. cum hic status §. si maritus, ff. de donat. inter vir., & vxor.*, quoad bona generalitèr hypothecata habet *Bartolus in l. rem legatam circà fin. ff. fie adit. legat.*, *Baldus in l. si non virum, C. de donat. inter vir., & vxor.*, *Iason in l. 3. in col. 2. limit. 2. C. de leg.* Quintum est in ordine ad res prohibitas alienari, quod in hypotheca generali non redditur alienatio postea subsecuta inefficax *l. ea lege, ff. condit. ob causam, & l. si ità quis §. ea lege, ff. de verb oblig.*, *Innocentius in c. Rainutius in glos. in verb. pactum de testam.*, in hypotheca verò speciali alienatio redditur inefficax & reuocatur *l. si creditor §. fin. ff. de distract. pig.*, *Bartolus in d. l. si ita quis § ea lege, & ibi Immola in tertia col ff. de verb. obligat.*, *Alexander in l. si filio §. si vir. in quinquennium in 2. col. in verb. aduerte tamen, ff. solut. matrim.* Sextum est, quod, si alienentur per debitorem bona generali hypothecæ subiecta non transeunt ad tertium cum illa hypotheca; secus verò, si alienentur bona specialitèr hypothecata, quæ semper transeunt cum onere, atque hoc discrimen assignat *Ognate d. tract. 20. disp. 56. sect. 2. num. 43.*, qui ibi allegat *Bonacinam disp. 3. quæst. 10. punct. 2. num. 3.*, *Lessium lib. 2. c. 28. num. 38.*, *Reginaldum lib. 25. num. 582.*, *Molinam disp. 528 §. particula.* Septimum est in genere, quod scilicet hypotheca specialis plus afficiat rem, quam generalis, quod in multis euincit *Negusantius de pignor. in dict. 2. memb. 2 partis num. 10.*, & processu quæstionum infrà innotescet.

7 Diuidunt quartò, hypothecam in hypothecam de re propria, & hypothecam de re aliena. Quoad primum nulla est difficultas, cum consistat in eo, quod quis res proprias in securitatem alterius, cui tenetur, obligationi reali subijciat. Quoad secundum dicendum est, tunc induci, vel quando debitor de facultate, & consensu domini subij-

Discrimina inter generalem, & specialē hypothecam.

Assignatur octo discrimina.

6 Prælatus regularis potest obligare bona generalitèr, non specialitèr.

Quomodo esse possit hypotheca de re aliena.

cit rem eiusdem hypothecæ, vel quandò ipse Dominus in fauorem debitoris rem suam creditori oppignorat. Hoc vtrumque in praxi seruatur sine vlla prorsus exceptione. Potest etiam quandoque contingere hypotheca rei alienæ sine expressa veri domini facultate, & primò, si debitor oppignorans talem rem alienam habeat ipsam sibi oppignoratam ob creditum precedens aduersus Dominum, quod facere posse euincitur *ex l. 1. ff. si pignus pignore datum sit* vbi, sic legitur, *etiam id, quod pignori datum est à debitore creditori pignori tradi posse iam dudum placuit*, quod tamen intelligendum est cum quadam limitatione, vt scilicet debitor rem sibi per alterum oppignoratam non possit pro suo debito pignori tradere, nisi pro tempore, quo durat creditum aduersus eum, qui rem illam sibi oppignorauerat. Secundò, si rem apud se habeat depositam, & rationabilitèr, sibi suadens dominum non esset ægrè laturum rem suam sic tradi, tradat alteri in securitatem eiusdem, præcipuè si postea accedat eiusdem domini ratihabitio, quod, si posteà hæc non accedat, sed potiùs comperiatur Dominus inuitus, tunc certè immediatè in re illa dissoluetur eiusdem rei oppignoratio, & ipse oppignorans, quantumuis bona fide oppignorarit, subiacebit expensis, & damnis; quia, vt benè notat *Ognate d. tract. 20. disp. 56. sect. 2. nu. 47.* debitor præsumitur sub ea conditione oppignorasse rem alienam. Si autem debitor inuito saltem præsumptiuè, & renitente Domino rem alienam oppignorauerit, tunc tenebitur actione furtiua.

Quomodo possit esse hypotheca de re aliena sine domini consensu

Diuidunt quintò hypothecam in tacitam, & expressam. Expressa est, quæ ex partium conuentione celebratur, vel etiam, quæ ex prætoris iudicio expressè inducitur ex primo decreto, vel etiam iudicialitèr per rem iudicatam, seu definitiuam sententiam; vtraque enim expressè per officium Iudicis ortum habet. Tacita est, quæ implicitè inuoluitur in alio contractu ex dispositione iuris, prout benè notat *Negusantius de pignor. 4. memb. 2. partis principalis.* Agunt hic fusè aliqui de contractibus, in quibus hæc tacita hypotheca ex dispositione iuris reperiatur, sed nos in sequentibus prænotionibus de eadem ex professo locuturi reseruamus.

Quid hypotheca tacita, & quid expressa.

PRÆNOTIO III.

De obiecto proprio, & adæquato hypothecæ generalis.

SVMMARIVM.

Hypotheca generalis nō solū extenditur ab bona præsentia debitoris, sed etiā ad futura. 1.
Explicatur textus in l. vlt. c. de pactis. 2.
Extenditur etiam ad nomina debitorum. 3.
Venit etiam pecunia debitoris. 4.
Item merces venales, si hypotheca sit concepta simplicitèr. 5.
Et non solum præsentes, sed etiam futuræ acquiruntur ante mortem debitoris. 6.
Item venit seruus, qui legitimè stipulatus est pro domino suo generalem hypothecam. 7.
In generali obligatione in contractu locationis veniunt etiam res locatæ. 8.
Item bona etiam emphytheutica. 9.
Intellige etiam de iure emphytheutico Ecclesiastico. 10.
In generali obligatione non veniunt ea, quæ quis verisimilitèr non esset concessurus. 11.
Enumerantur in particulari ea, quæ non veniunt ratione huius limitationis. 12.
Nec item veniunt bona feudalia. 13.
Nec item bona libellaria. 14.
Nec item bona semel ab eadem obligatione exempta. 15.
Nec item bona subiecta restitutioni fideicommissariæ. 16.
Nec item ius patronatus secundum se. 17.
Hypotheca generalis extenditur etiam ad bona futura, etiam si in obligatione addatur illa particula, sua, & clausula constituti. 18.
Ad inducendam obligationem hypothecariam etiam quoad futura, non requiritur, quod dicatur, omnia bona sua, sed sufficit, quod dicatur bona sua. 19.

INcipimus iam examinare membra diuisionis pignoris, & hypothecæ in ordine ad obiectum, seu res, ad quas extenditur, & primò loco occurrit sermo de generali, non enim fas est immorari in ordine ad res, quas respicit specialis, cum hæ non sint, nisi illæ res, quas ipsi contrahentes per specialia pacta, vel iura specialiter subijciunt. In ordine igitur ad generalem inquiretur, an extendatur dumtaxat ad bona præsentia debitoris, quando contractum celebrat, an etiam ad futura ex quacumque causa, & an etiam ad nomina debitorum. Vlteriùs inquiretur, quando nam intelligatur, quod hypotheca sit generalis, quando in conuentione indefinitè concipitur, & an in dubio sit præsumendum pro generali, an verò pro speciali, & his similia.

Assertio I. Hypotheca generalis non solum extenditur ad bona præsentia debitoris, sed etiam ad futura *Bartolus in l. Paulus 19. ff. de pignor., Molina disp. 528. §. conuentionali Negusant. memb. 2. part. 2. num. 1., Couarruuias pract. qq. cap. 9. nu. vlt., Mantica lib. 11. de tacit., & ambig. tit. 2. num. 10., Bonacina disp. 3. qu. 11. punct. 2. prop. 2. num. 2., Lessius lib. 2. cap. 28. dub. 2. num. 38., Reginald. lib. 25. num. 582., Salon. 2. tom. de instit. tract.* 1
de

de pignor. ad fin.§ 2., Ognate d.tract.20. disp. 56.sect. 2. num. 37.

Expressè colligitur assertio *ex l. fin. C. quæ res pign. oblig. pos., & ex l. qui nondum, ff. de pignor.*; nec in hoc probando diu immorandum est, quandoquidem siue obligatio generalis procedat ex partium conuentione, siue ex dispositione iuris, eo tendit, vt quocunque modo possibili reddat tutum creditorem pro tempore, pro quo perseuerat creditum, quod æquè haberi potest etiam per bona, quæ debitor post contractum debitum acquiret *l.vlt. C., quæ res pignor. oblig. post.*, & quamuis *Iustinianus in l. vlt. C.de remiss. pig.* asseruerit moris fuisse, vt futurorum bonorum mentionem nominatim facerent generalis hypothecæ; nihilominus *in ead.l.vlt.C.,quæ res pign.obl. pos.* statuit, & si ea fortè expressa non sint, tacitè tamen intelligi.

Bona futura in generali hypotheca tacitè intelliguntur.

2 Aduersus hanc assertionem, eiusq; probationem obesse videtur *Iustinianus in l.vlt. C. de pactis*, vbi, cum improbet pactum, per quod obligentur bona hæreditaria eius, qui adhuc viuit, videatur etiam improbare donationes, & hypothecas eius quoque generis, sicque in pacto generalis hypothecæ non venire bona futura. Sed facili negotio erit dissoluere hæc obiecta, si asseratur, ea procedere potiùs de speciali hypotheca, quàm de generali, nempè cum quis eam ipsam rem, quàm ex hæreditate sperat, obligaret. Cæterum, si quis generalitèr obligaret ea, quæ quis habiturus est, dubium esse non potest, quin & comprehendantur ea, quæ fortè postea ex hæreditate obuenient, quod etiam ipse *Iustinianus* fatetur *in l.vlt. C. quæ res pign. oblig. pos.*

Procedit de speciali hypotheca, nō de generali.

3 Amplia primò assertionem, vt procedet etiam quoad nomina debitorum ipsius obligantis *l.3., & ibi Baldus, Bartolus, & Salicetus C.de hæred. act., Bartolus in l. quintus §. argento ff. de aur., & arg. leg., & in l. nomen C. quæ res pig. oblig.pos.*, & ratio est, quia nomina debitorum debitoris computantur inter bona realia, seu iura eiusdem debitoris per ea, quæ latè alibi diximus; hæc tamen ampliatio ita intelligenda est in obligatione simplici omnium bonorum, non autem in obligatione bonorum mobilium, & immobilium, quia nomine bonorum mobilium, & immobilium, non veniunt iura, & actiones, & per consequens nec nomina debitorum, cum sint tertia quædam species, nec comprehendantur sub nomine bonorum mobilium, & immobilium *l. à Diuo Pio §. in venditione ff. de re iudic.*

Nomina debitorū computantur inter iura realia.

4 Amplia secundò, vt sub generali hypotheca veniat etiam pecunia eiusdem debitoris *Bartolus in l. cum tabernam §. fin. ff. de pignor., Alexander in l.si constante in princip. in summ.quæst.3.part. princip. verbo confirma ff. soluto matrimonio*, & hoc siue in generali obligatione dicatur, *omnia sua bona simplicitèr*, siue solum dicatur *bona sua mobilia, & immobilia*, quia pecunia propriè venit appellatione bonorum mobilium; Intellige tamen hanc ampliationem, vt non procedat quoad pecuniam datam ab ipso creditore, ob quam debitor omnia sua bona eidem creditori hypothecauit, cuius ratio ea est, quam ponderauit *Baldus in l. obligatione generali ff. de pign.*, quod scilicet illa pecunia, ob quàm determinatè quis factus fuit debitor, & ob quàm sua bona subiecit hypothecæ, accepta est, vt cum illa ipse debitor sua negotia perageret, rebusque suis prouideret, adeoque probabile non est, quod debitor voluerit eam comprehendi in generali hypotheca, seu obligatione. Ad hanc limitationem explicandam maximè facere videtur id, quod asserunt communitèr *Doctores, & præcipuè Dinus, & Bartolus in l. si cum dotem § fin. ff. solut. matrim., Ioannes Faber Instit. § vendita de rerum diuisione, Baldus in l.fin.C.commodati, & in l. eum cui ff. de act., & oblig.*, quod scilicet acquisita ex illa pecunia, ob quam quis est constitutus debitor, non ita obligetur creditori, vt in illa ratione crediti præferendus sit alijs creditoribus, nisi sit illa pecunia concessa ad finem præcisè, vt res illa emeretur, quia tunc præferretur in dictare cæteris creditoribus in actione personali *l. quod quis cum glos. communitèr approbata de priuil. credit., Glosa in auth. quo iure, C. qui pot.in pign. hab.*; ex quibus recta consequentia videtur deduci, quod pecunia illa concessa non remaneat obligata per generalem hypothecam.

Nō venit pecunia data à creditore ob quam cōtracta est hypotheca.

Amplia tertiò, vt sub generali hypotheca veniant etiam merces venales, si hypotheca sit concepta simplicitèr *Bartolus in l. generali §. vxori ff. de vsufruct. leg.*, sicuti enim, si vendidisset debitor illas merces, & pecuniam exegisset, vtique illa pecunia obligata remaneret, ita non est, cur obligatæ non remaneant illæ merces, si non fuerint venditæ; Neque ijs, quæ hic dicuntur obesse potest id, quod asserit *Baldus in l. certi iuris quæst. 6. C. locati, & Iacobus de Aret. in d. l. generali §. vxori ff. de vsufruct. leg.*, vbi videntur asserere, quod merces venales non veniant in generali obligatione; Non, inquam, obesse potest, quia ea, quæ dicuntur per allegatos Doctores, procedunt solummodò, quando obligatio facta fuit limitatè ad res existentes in certo loco, quia cum res venales non videantur esse in certo loco, cum ibi non sint perpetuò mansuræ, non possunt in rigore comprehendi sub rebus in illo existentibus *Baldus ind. l. cum tabernam in princip.* 5

Res venales non sunt propriè existentes in certo loco.

Hic oritur ratio dubitādi, an dato, quod in generali obligatione veniant res vena- 6

les

les, vt diximus, hoc intelligendum sit tantum de existentibus de præsenti, an etiam de futuris. Respondendum existimo venire etiam futuras acquisitas ante mortem obligantis, non sic acquisitas per mortem eiusdem per ipsius hæredes, nisi acquisitæ fuerint ex negotio iam incæpto per eundem, qui obligauit generalitèr *Glosa in d. l. cum tabernam in verb. obligatio in fin. princip., & ibi Bartolus ff. de pignor.*, *Negusant. de pignor. memb. 2. 2. partis num. 22.* Ratio ea esse potest, quia merces ipsæ veniunt nomine rerum, quæ sunt suo dominio debitoris, sicuti autem veniunt res etiam futuræ, ità non est, cur etiam venire non debeant merces de futuro acquirendæ; Nec in hoc audiendus est *Socinus in l. qui Romæ §. Calimacus in 2. not. ff. de verb. oblig.* existimans in primis in generali obligatione non venire merces venales. Deindè quando etiam in generali obligatione fieret etiã expressio de mercibus, non venirent cum illis etiam futurç, & hoc ea ratione, quia, cum in generali obligatione ex genere suo non veniant merces, expressio ità intelligenda, vt quantum fieri possit, minus discordet à regulis iuris; Non, inquam, audiendus est, quia non assignat peculiarem rationem, ob quam merces non veniant in generali obligatione, nec textum hoc euincentem, quod vtique præstare debuisset, vt intentum suum euinceret; nec ei prodesse potest textus *in d. l. cum tabernam*, ex quo asserit, quod ideò ibi veniant merces futuræ, quia obligatæ fuerunt nomine tabernæ, adeoque corporis vniuersalis, quo casu vna merces succedit loco alterius, quod intelligi non posse asserit, quando sub aliquo corpore vniuersali non fuerunt expressæ, adeoque nec quando facta fuit obligatio in genere sine expressione; Non, inquam, prodesse potest, quia, sicuti sub nomine tabernæ veniunt merces in illa existentes, & futuræ, ita nomine rerum veniunt etiam merces, & per consequens etiam futuræ, nec in hoc existimo immorandum; ex quibus deindè sequitur, quod non subsistat id, quod ex hoc infert, destructo etenim fundamento ruunt omnia, quæ fundantur in ipso; si enim veniunt merces in generali obligatione, quod ipse negabat, non est, cur dicat, quod, si illæ exprimantur simplicitèr, non veniant futuræ, vt minus, quam fieri possit, inducatur discordantia a regulis iuris; quandoquidem non est discordantia à regulis iuris, quod nomine rerum, & in generali obligatione eædem merces comprehendantur. Dixi, *non sic acquisitas post mortem ipsius obligantis*, quia, vt benè notat *Ognate d. tract. 20. disp. 56. sect. 2. num. 30.* testator non potuit obligare bona per suum hæredem acquisita *l. Paulus 25. ff. de pign.*, & *ibi Glos. Bartolus, & alij*. Dixi, *nisi acquisita fuerint ex negotio iam incæpto per eum, qui bona generalitèr obligauit*, quod potissimum euincitur *ex l. furti §. illud planè, & ibi glos. in verb. succedit ff. de his, qui notantur infamia*, nec incongrua sanè ratione, quia præsumuntur acquisita per ipsum testatorem, seu nomine eiusdem.

6 Veniunt etiã merces futurç acquisitæ ante mortem debitoris

Opinio Socini, eiusq; cõfutatio.

Acquisita post mortem debitoris, sed ex negotio per ipsum inçepto venit sub hypotheca.

Amplia quartò, quod in obligatione generali simplicitèr concepta veniat seruus, qui legitimè stipulatus est pro domino suo generalem hypothecam. *Ognate dict. tract. 20. disp. 56. sect. 2. num. 39. vers. quinto in generali hypotheca*, *Negusantius de pignor. 2. memb. 2. partis num. 32.*, & hoc videtur colligi *ex d. l. Paulus ff. de pignor.* Et licet dicatur, quod in generali sermone non veniat persona loquentis, fallit tamen, quando persona loquens est seruus, & non stipulatur nomine suo, sed nomine sui domini, quia tunc non consideratur, vt ipse, sed vt dominus, & cum sub alia considera tione ipse reputatur, vt res domini, ideò non est, cur in ipsius obligatione generali venire non debeat. 7

Quomodo intelligendum sit, quod in generali sermone nõ veniat persona loquentis

Amplia quintò, quod in obligatione generali omnium bonorum apposita in contractu locationis veniant etiam ipsæ res locatæ, & in contractu venditionis, & emptionis pro obseruantia contractus ipsa res vendita, & pretium eiusdem *Bartolus in l. qui fundum ff. locati, & l. si filio §. fin. in fin. ff. solut. matrimonio, & in l. 1. §. quod autem ff. de superfic.*, *Paulus de Castro in l. si merces §. 1. ff. locati*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem, & ipsa res locata, & vendita, seu empta comprehenditur inter bona locatoris, seu emptoris. 8

Res locata compreditur inter bona locatoris.

Amplia sextò, vt sub generali hypotheca veniant etiam bona emphytheutica. *Bartolus, Baldus, & Paulus de Castro in l. tutor., §. fin. ff. de pignor. act. & l. lex vectigalis ff. de pignor.*, *Bartolus in l. si constante in princip. in 3. quæst. 3. qu. princip. ff. solut. matrim.*, *Specul. in tit. de locato §. nunc aliqua vers. 122.* *Salicetus, & glos. in l. fin. in verb. vendere, C. de iure emphyth.*, nec incongrua sanè ratione, quia sicuti potest quis rem sibi oppignoratam pro suo credito præcedenti alteri oppignorare pro suo debito per ea, quæ superiùs dicta sunt, & etiam infrà dicentur, ita non est, cur quis rem sibi in emphytheusim concessam non possit pro suo debito hypothecæ subijcere, ipse enim propriè habet dominium vtile in tali re, nec in hoc iniuriam aliquam infert domino proprietatis, quandoquidem ius ipsius seruat illæsum; ex quo infert, quod, si res emphytheutica apta est, vt possit oppignorari per emphytheutam in generali obligatione per ipsum facta, etiam veniat, quandoquidem re vera dici potest de bonis eiusdem emphytheutæ; Nec obesse 9

Emphytheuta habet dominium vtile in re emphytheuticæ.

po-

potest, si afferatur, quod res emphytheutica alienari nequeat, nec quoad dominium vtile irrequisito proprietario, adeoque quod nequeat etiam hypothecæ subijci eodem irrequisito; cum etiam hypothecatio sit species alienationis. Non, inquam, obesse potest, quia per oppignorationem res emphytheutica in ordine ad dominum proprietatis nullam patitur deteriorationem, nec ipsius ius lædit; neque in hoc vlla interuenit species alienationis, quandoquidem ipsum ius emphytheuticum adhuc remanet penes ipsum emphyteutam, & quamuis ipsa res emphytheutica traderetur oppignoratario, non tamen desineret esse sub dominio vtili emphytheutæ, quandoquidem oppignoratarius detineret nomine eiusdem emphytheutæ oppignorantis; nec rursus obesse potest, si afferatur, quod prohibita alienari non veniant in obligatione bonorum, vt notant *Bartolus in l. codicillis §. instituto, ff. de leg 2., & Baldus in l. 1. C. quæ res pig. obligat. pos., & in l. voluntas ad fin C. de fideicomm., Baldus, & Salicetus in l. fin. C. de reb. Eccl. non alien.* Non, inquam, obesse potest, quia licet dicatur, quod appellatione alienationis veniat etiam hypotheca, hoc tamen impropriè dumtaxat procedit, & ex interpretatione *Glos. in l. fin. C. de reb. alien. non alien.* sicque venit tantum in ijs, in quibus facienda est latissima interpretatio, vt in testamentis, secus in ijs, quæ vtpotè pænalia non admittunt latam interpretationem, sed strictissimam, vt euenit in præsenti hypothesi, in qua prohibitio venit ex textu *in l. fin. C. de iur. emphyt.*, qui, cum sit pænalis, vtpotè inducens caducitatem, & priuationem, strictissimè est interpretandus, atque ità sentit *Socinus in cons. 75. vol. 1. col. 1. vers. sed his non obstantibus.*

Per oppignoratione rei emphytheuticæ dominus directus non patitur damnum.

Appellatione alienationis venit tantū hypotheca impropriè.

Maior difficultas etiam videtur in iure emphytheutico Ecclesiastico, an hoc scilicet veniat in obligatione generali omnium bonorum ob eam potissimum rationem, quod in prohibitione alienationis in bonis Ecclesiæ non solum veniat alienatio rigorosè sumpta, sed etiam locatio vltrà triennium, quantumuis per ipsum non transferatur, nec dominium vtile, nec directum, sed dumtaxat vsusfructus, vt habetur *in Extrau. Pauli II. Ambitiosa de reb. Eccl. non alien.* ex quibus etiam deduci posse videtur, quod veniat etiam oppignoratio, vndè etiam *Salicet. in d. l. fin. in 2. col. C. de iure emphyt.*, asserit, quendam solemnem Doctorem disertis verbis docuisse, quod emphytheusis Ecclesiæ non possit obligari, neque hypothecari *per auth. hoc ius porrectum, & auth. quas res C. de Sacros. Eccl.* Scio nonnullos contendere iura allegata *in d. auth.* non loqui de emphytheuta rerum Ecclesię, sed tantum de administratore bonorum eiusdem, qui certè oppignorando res Ecclesiæ videretur quodammodò alienare, quod non euenit in emphytheuta, qui ius suum tantum, & non ius Ecclesiæ pignoraret *Salicetus in d. l. fin. C. de iur. emp yt.*, quod etiam confirmari potest ex eo, quod locatio vltra triennium est, & connumeratur inter species alienationis prohibitas *in dict. extrauag. Ambitiosæ*, & tamen emphytheuta Ecclesiasticorum bonorum potest ius suum emphytheuticum locare. Probabilius existimo, etiam ius emphytheuticum bonorum Ecclesiæ venire in generali obligatione bonorum Emphyteutæ, dummodò cessante emphytheusi desinat etiam hypotheca. Ratio est, quia ius ipsum emphytheuticum est inter bona realia eiusdem emphytheutæ debitoris, & iam ius illud per Ecclesiam in ipsum translatum est, de quo propterea potest disponere, dummodò in alium non transferat irrequisita eadem Ecclesia; per oppignorationem verò propriè non transfert, quia adhuc remanet in bonis ipsius, adeoque &c.

Rationes euincentes non venire ius emphytheuticū.

10

Limita tamen primò assertionem, vt in generali obligatione non veniant ea, quæ quis non esset verisimilitèr concessurus, seu suppositurus in specie. *Bartolus, & Alexand. in l. obligatione generali ff. de pign., & Bartolus in l. 1. C. quæ res pign. oblig. possint. Negusantius de pign. memb. 2. partis 2. n. 34. lib. Siluester verb. pignus num 4., & 5., Molina disp. 528., Ognate dict. tract. 20. disp. 56. sect. 2. num. 40.*; Deducitur ex generali regula, quod in generali concessione non veniunt ea, quæ si specialitèr peterentur, non concederentur; hocque expressè, & in terminis habetur *in l. obligatione generali ff. de pignor.*, vbi etiam enumerantur aliqua in particulari, quæ non veniunt in tali generali obligatione, & primò supellex, quæ est domesticum Patris familias instrumentum *l. 1. ff. de suppel. leg.* secundò vestis, quæ est relinquenda eidem debitori; tertiò ea mancipia, quæ in eo vsu habebat, vt certum sit eum pignori daturum non fuisse; quartò, nec ministeria eadem necessaria, vel quæ ad affectionem eius pertinent; quintò, nec ea, quæ in vsum quotidianum habentur; sextò, nec concubinæ, nec filij naturales, nec alumni, omnia habentur tum *in dicta l. obligatione generali*, tum *in duabus ll. seqq. ff. de pignor.* Hic nonnulli Doctores, nec incongruè aduertunt, quod, si obligatio generalis bonorum esset collata post mortem obligantis, tunc in eadem comprehenderentur etiam ea, quæ mox enumerata sunt, quandoquidem tunc cessat ratio *d. l. obligatione generali, & seqq.* 11

12

Nō venit primo supellex, nec vestis, nec mancipia necessaria ad vsum.

Nec concubina, nec filij naturales

Limita secundò, vt non veniant in generali obligatione bona feudalia per textum

tum *in c. 1. in princip. de probib. feud. alien. per Feder.*, quia feudum non solum prohibetur alienari, sed etiam pignorari, & notat *Bartolus in l. qui habebat in fin. princip. ff. de leg. 3.*; vnde etiam communitèr docent aduersus Bartolum, quod in tacita hypotheca constituta a iure pro restitutione dotis non comprehendantur bona feudalia. Hic enim dubium maximum occurrit in explicando, cur in generali obligatione veniant bona emphytheutica, prout supra probatum est, nō sic veniant bona feudalia; Si enim dicatur, quod non veniant bona feudalia propter pœnam priuationis, quam incurrit alienans, vel obligans; statim erit impugnatio, quia hæc eadem pœna imponitur contra alienantem, vel obligantem bona emphytheutica; si verò dicatur, hoc prouenire, quia feudatarius non habeat ius plenum in re feudali, erit etiam impugnatio, quia etiam emphytheuta non habet tale ius, Si tandem dicatur, quod emphytheusis veniat in generali obligatione, quia obligatio est respectu fructuum, & commoditatum rei emphytheuticæ, non verò respectu dominij, & proprietatis; hoc etiam dici potest de feudo, quatenus Vasallus obligaret se actione personali ad dictos fructus, & commoditates, licet non obligaret dictum fundum feudalem in dictis fructibus, & commoditatibus, quia tunc constitueret ius vsusfructus in re ipsa. Quamobrem disparitatem solummodò agnosco in dispositione iuris, quæ vetat bona feudalia non solum alienari, sed etiam oppignorari per Vasallum, non autem vetat oppignorari bona emphytheutica per emphytheutam. Non negauerim tamen, posse Vasallum se actione personali obligare ad dictos fructus, & commoditates.

Ratio, cur in generali obligatione veniant bona emphytheutica, non sic bona feudalia.

Limita tertiò, vt non veniant in generali obligatione bona liuellaria, *Angelus in auth. de restit.*, & facit textus *in c. generali si de feud. fue. contro. inter dom., & agn.*, *Alexander in d. l. constante in 3. quæst. tertia quæst. princip. ff. solut. matrim.*, quod tamen intellige non de bonis liuellarijs quomodocunq; acceptis, prout dicuntur ad conuertentiam cum bonis emphytheuticis, sed de bonis, quę vasallus habet in feudum, & hoc propter eandem rationem, propter quàm dictum fuit in pręcedenti limitatione, quod bona feudalia non possent oppignorari, nec veniant in generali obligatione.

Quid veniat hic nomine bonorum liuellariorum.

15 Limita quartò, quod non veniant in hypotheca generali res semel ab eadem hypotheca exemptæ, vt si quis v. gr. semel obligauerit omnia bona sua pro aliquo debito, & deindè consensu creditoris aliquod ex illis bonis vendiderit, & postea redemerit, tunc enim res illa sub priori illa hypotheca generali non comprehenditur, prout definiuit, *Iustinianus in l. vltim. C. de remiss. pign.*, *Balduinus de pign., & hypotheca c. 9.* nec incongrua sanè ratione, quandoquidem ex eo, quod res illa semel vinculo absoluta sit ex consensu creditoris, non videtur posse amplius sub vinculo venire, nisi expresè quoad illam actum sit.

Limita quintò, quoad bona subiecta restitutioni fideicommissariæ, quæ non veniunt in obligatione generali bonorum obligantis, quia talia bona non solum non veniunt in hypotheca generali, sed nec possunt illo modo etiam specialitèr, & expresè hypothecari per textum *in l. fin. §., sed quia nostra, C. commun. de legat.* 16

Bona fideicommissaria non possunt obligari.

Limita sextò, quod in obligatione generali bonorum non veniat ius patronatus secundum se, *Negusantius de pignor. memb. 2. part. 2. num. 60.* Dixi, *secundum se*, quia licet in hypotheca transeat in creditorem pensio debita pro iure patronatus, quia illa potest restitui, & in debitum compensari, non tamen comprehenditur ipsum ius patronatus, cum nec posset restitui, nec compensari in totum. 17

Assertio II. Hypotheca generalis etiam est, & extenditur etiam ad bona futura, quantumuis in obligatione adiectum fuerit verbum *sua*, vt si verbi gratia dicatur obligauit omnia bona sua, & etiam quantumuis adiecta fuerit clausula constituti. Ita quoad primam partem, *Bartolus in l. 1. in princip. ff. de pignor.*, *Negusantius de pignor. 2. memb. 2. partis num. 2.* Quoad secundam *Iacob. Butr.*, *& Salicet. in l. fin. C. quæ res pign. oblig. pos.*, *Bartolus cons. 76. punctus talis est*, *Immola*, *& Romanus in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig.*, *Baldus in l. si quis argentum, §. sed, & si qu's C. de donat.* 18

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod illa particula, *sua*, non est restrictiua ad bona dumtaxat præsentia debitoris eiusdem obligantis, sed solummodò secernit bona eiusdem à bonis aliorum, ergo, si quando illa particula non additur, hypotheca generalis extenditur etiam ad bona futura, etiam ad eadem extendenda erit, quando illa particula adijcitur; Neque dicas, quod bona futura pro tempore, pro quo constituitur illa hypotheca, non possint dici bona sua respectu debitoris obligantis, quandoquidem pro illo tempore non sunt sub illius dominio, & potestate; contra enim impugnaberis, quia, licet pro tempore, quo primo celebratur contractus, illa bona non possint dici, *sua*, respectu debitoris, possunt tamen dici *sua* pro tempore, pro quo perseuerat contractus, quod totum tempus respicit hypotheca generalis, *Socinus*, *& Iason in l. 3. §. etenim incertum, ff. de acquir. poss.*

Particula *sua*, nō est restrictiua ad bona præsentia, sed distinctiua à bonis aliorum.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia

quia intantum clausula constituti non videtur posse referri ad futura, in quantum futura sunt incerta, & possidentem non possunt afficere *l. 3. §. etenim incertam ff. de acquir. possess.* & constitutum collatum post mortem constituentis non valet, tanquam collatum in tempus, quo possessio extinguitur, sed hæc ratio non valet, ergo &c. Minor quoad primam partem probatur, quia, quamuis talia bona ante acquisitionem sint incerta, post acquisitionem tamen sunt certissima, quod euincitur paritate emptionis fructuum, qui, quantumuis ante collectionem sint incerti, post illam tamen sunt certi, vnde non dicitur postea emptio incerta *l. interdum in princip. ff. de verb. obligat.* Confirmari potest, quia, cum omnia bona in tali obligatione dicantur hypothecata, incertitudo, quæ dicitur esse, intelligitur respectu rerum singularium, non respectu vniuersitatis rerum *Ioannes Petrutius in l. ab emptione ff. de pactis*. Probatur iam eadem minor quoad secundam partem, quia pro tempore, pro quo inducitur obligatio cum clausula constituti, intelligitur implicitè inuoluta etiam clausula *ex nunc pro tunc*, quod ex eo coniectari potest, quod, cum omnia bona sua hypothecæ subiecerit, & cum successiuè præsentia possit alienare, videtur omnia, quæ postea acquiret, subiicere ad seruandum indemnem creditorem; sed apposita clausula *ex nunc pro tunc* operatur, quod vnum tempus videatur alteri inesse, & actum sumere initium ex quolibet dictorum temporum *Alexander, Angelus, & Immola in l. huiusmodi, ff. de verb. oblig.*; ex quo sequitur, quod constitutum sumat initium à die contractus, licet effectus non conferatur, nisi post mortem constituentis *Alexander cons. 14. circa primum in primo dubio vol. 1.*

Incertitudo intelligitur respectu bonorum singularium, nō vniuersitatis.

19 Assertio III. Ad inducendam obligationem etiam quoad futura in generali hypotheca non est necesse, quod in conuentione apponatur particula *Omnia*, puta dicendo obligauit omnia sua, sed sufficit, quod indefinitè dicatur obligauit bona sua *Negusantius de pignor. 2. memb. 2. partis n. 2.*, vt ibi *per Bartolum in l. 1. in princip. ff. de pignor.*

Illa obligatio æquiualet vniuersali.

Ratio præsentis assertionis ex eo deducitur, quia, quamuis illa obligatio videatur ex genere suo indefinita, æquiualet tamen vniuersali, ergo extenditur ad ea omnia, ad quæ extenditur vniuersalis, adeoque etiam ad futura. Antecedens probatur, quia, cum obligauerit bona sua nec loquendo determinatè de his, vel de illis, non videtur maior ratio, quod hæc potius, quam illa obligauerit, ergo præsumitur omnia obligasse. Accedit, quod ille, in cuius fauorem inducta est hypotheca, non consensisset, nisi omnia ipsius bona fuissent hypothecæ supposita, cum nulla in particulari in tali suppositione intelligeretur subiecta.

PRÆNOTIO IV.

Explicantur ea omnia, quæ veniunt sub tacita hypotheca.

SVMMARIVM.

Hypotheca tacita est, quæ inducitur à iure. 1.
Hypotheca tacita in multis per ius commune inducitur, in multis per municipale. 2.
Hypotheca de iure communi est in bonis tutorum, & curatorum pro administratione tutelæ. 3.
Item in bonis procuratorum, curatorum ad lites, fideiussorum pro eisdem, actorum, qui dati fuerint à tutoribus, non tamen à Iudicibus. 4.
Non tamen in bonis hæredum tutoris, & curatoris, quæ non fuerint bona eorundem tutorum. 5.
Hypotheca in bonis tutorum, & curatorum, aliorumque incipit à tempore, quo incipiunt esse tales. 6.
Hypotheca tacita est etiam in bonis Matris, quæ suscepit tutelam, & curam filiorum minorum. 7.
Item ad bona secundi Mariti extenditur, quando Mater transiuit ad secunda vota non prouiso de alio tutore. 8.
Hypotheca tacita est in bonis Patris pro mala administratione bonorum filiorum. 9.
Etiam pro administratione bonorum castrensium, & quasi castrensium. 10.
Inducitur etiam in bonis eiusdem Patris pro filiis, quando Pater transiuit ad secunda vota pro illis bonis, quæ prouenerunt ad eundem Patrem ex primo matrimonio. 11.
Inducitur item in bonis inuectis in fauorem locatoris in domo locata. 12.
Item in bonis hæredis pro legatis, & fideicommissis. 13.
Si testator, qui legatum constituit, constituerit etiam hypothecam expressam pro eodem in certis rebus, probabilius cessat hypotheca tacita generalis. 14.
Actio hypothecaria pro legatis competit etiam contra tertium possessorem bonorum testatoris. 15.
Hypotheca tacita constituta pro legatis non competit aduersus quemcunque possessorem in solidum, sed tantum pro rata. 16.
Hypotheca tacita inducitur pro restitutione pecuniæ mutuatæ ad refectionem nauis, vel ad alimenta nautarum in bonis magistri nauis cum priuilegio. 17.
Idem intellige quoad refectionem ædificij necessariam, non quoad alias res. 18.
Hypotheca tacita etiam est in bonis Bancharij, seu Campsuarij pro litteris formalibus cambij ex vi Constit. Mediol. 19.

EX ijs, quæ dicta sunt in præcedentibus, clarè liquet, tacitam hypothecam induci per iuris dispositionem, seu statuti à partibus non expressam, vt etiam expressè habetur *in tot. tit. ff., & C. quib. mod. pig. tac. contrah.*, nec desinit esse tacita ex eo, quod ius illam appellet expressam *Paul. de Castro cons. 394. quanquam multa copiosa in 2. col. in vers. ex quibus concludendo*, Quo supposito tanquam certo iuris fundamento, hic examinandum occurret. Primò in
1 quibus casibus de iure sit inducta. Secundò ad quem transeat tacita hypotheca. Tertiò, an hypotheca tacita eundem habeat effectum, ac expressa. Quartò, an etiam in hypotheca tacita veniant bona futura. Quintò, an per expressam hypothecam recedatur à tacita, Sextò, an Ecclesia, Ciuitas, & Pupillus inter se gaudeant tacita hypotheca. Septimò, an res vendita credito hypothecę subiaceat pro pretio soluendo, & an res empta pecunia alterius eidem tacitè subiaceat pro ea, & his similia.

Rationes dubitādi circa titulum.

2 Assertio I. In multis hypotheca tacita inducitur ex dispositione iuris communis; in multis ex dispositione iurium municipalium. Enumerantur singulà, in quibus inducitur, & explicantur.

3 Inducitur primò, ex dispositione iuris communis in bonis tutorum, & curatorum pro administratione tutelæ, seu curę, hocque expresè habetur *in l. pro officio, C. de administ. tut.*, nec solum hæc tacita hypotheca extenditur ad bona eorumdem Tutorum, & Curatorum, sed etiam ad bona Protutorum *Glos. in dict. l. pro officio in glos. fin. per l. dabimus §. 1. ff. de priuileg. creditor, Socin. cons. 85. viso compromisso col. pen. vol. 1.*, item ad bona curatorum, qui dati fuerunt ad lites, & ad bona fideiussorum pro eisdem *l. properandum §. fin. C. de iudic., Mantica lib. 11. de pignor. tit. 16. nu. 9.* Item ad bona actorum, qui dati fuerunt ab ipsis tutoribus, & curatoribus. *Bart. in l. actor. col. 2. ff. rem ratam habere.* Non tamen ad bona actorum, qui dati fuerunt à Iudice loco Tutoris, & Curatoris *Bartolus in d. l. actor. col. 2., & Iason in d. l. properandum §. fin. in vlt. col.* Sed, an hæc tacita hypotheca extendatur etiam ad bona hæredum tutoris, & curatoris, magnum est dissidium inter Doctores; circà quod existimo, non extendi ad bona hæredum, quæ sunt propria eorum, benè tamen ad bona hæredum, quæ fuerunt bona tutorum, & curatorum, atque iuxtà hunc sensum intelligunt nonnulli ex Doctoribus textum *in d. l. properandum §. fin.* in ea parte, in qua dicit, *hæredes, & res eorum*; nec hæc interpretatio, seu intelligentia textus secundum hunc sensum existimanda est inutilis, quia nulli dubium est, quod bona tutorum, seu curatorum, quæ deuenerunt ad hæredes, remaneant hypothecata in fauorem minorum, seu pupillorum, prout iam decisum reperitur *in d. l. pro officio C. de administ. tut.* Non, inquam, inutilis, & ad ventum existimanda est illa intelligentia, quandoquidem ille textus *in l. properandum §. fin.*, non refertur ad tutores, & curatores generales, sed ad curatores ad lites, de quibus specialitèr non erat quid dispositum *in d. l. pro officio*, & propterea poterat esse dubium, an eorum bona essent tacitè hypothecata pro pupillis, & minoribus, quod dubium voluit dirimere Imperator *in d. l. properandum §. fin.* ex quo patet, quod dicta intelligentia textus secundum hunc sensum non sit inutilis, sed stet cum virtute operandi. 4 5

Non est inutilis dispositio legis *in l. properandū*, & quare.

Hic oritur ratio dubitandi quoad tempus, quo incipit hypotheca in bonis tutorum, curatorum, aliorumque, de quibus in præcedenti in fauorem pupillorum, & minorum, an scilicet pro tempore, quo incipit esse tutor, curator &c., an pro tempore, quo contigit mala administratio. Probabilius est, quod incipiat a tempore, quo incipit esse tutor, curator &c. *Iacob. de Aret. Baldus, & Salicet. in l. cum oportet §. fin. C. de bon., quæ lib. Negusant. de pign. 4. memb. 2. partis n. 12., Socin. in cons. 61. in præsenti consultatione in 1., & 2. col. vol. 1.* Fundamentum accipit hæc assertio à *dict. l. cum oportet §. fin. C. de bon., quæ lib.*, nec incongrua sanè ratione hoc statutum esse videtur, quandoquidem, ex quo incipit exequi 6

In bonis tutorum pro administratione tutelæ.

tute-

tutelam, seu curam, videtur subire onera, quæ sunt eidem ex dispositione iuris affixa; Neque obesse potest, si asseratur, quod hoc modo priùs contraheretur onus hypothecæ, quam personalis, seu principalis obligatio, quod videtur esse quid repugnans; Non, inquam, obesse potest, nam obligatio personalis, seu principalis contracta fuit per ipsum Tutorem, seu Curatorem eo ipso, quo suscepit tutelam, seu curam, in qua postea obligatione fundatur hypotheca illa tacita, seu iuridica *Salicetus in d. l. properandum §. fin. C. de ind., & in l. pro officio C. de administ. tut.*

In hac etiam hypothesi hypotheca fundatur in obligatione personali.

Hæc, quæ dicuntur de hypotheca tacita in bonis Tutoris, seu Curatoris, amplianturetiam in ordine ad Matrem, quæ suscepit tutelam, & curam filiorum minorum, adeò vt ipsius bona dotalia hypothecata remaneant filijs pro tali administratione *l. si Mater, C. in quibus caus.*, quinimmò etiam extenduntur ad bona secundi mariti, quando eadem Mater transiuit ad secunda vota, antequam filijs fuerit prouisum de alio tutore *l. 2. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot. l. si mater, C. in quib. caus. pig. tac. contra., Socin. cons. 180. diligentèr 2. col. verb. confirmatur vol. 2.*, & quidem in ordine ad bona dotalia matris, quod hypothecata remaneant filijs pro administratione tutelæ, expresè docent *Socin. cons. 126. n. 1. vers. sed his non obstantibus lib. 1., Decius cons. 349., Mantica lib. 11. de pignor. tit. 16. n. 6., & 7.*

In bonis matris suscipientis tutelā filiorum.

Inducitur secundò hypotheca tacita in bonis Patris pro administratione mala, & fraudulenta bonorum filij *l. cum oportet §. fin. C. de bon., quæ lib., §. 1. Instit. per quas person. nob. acquir.* Procedunt hæc, quæ hic dicuntur potissimum in ordine ad bona aduentitia, & quoad proprietatem, non autem in ordine ad vsumfructum, nec quoad bona profectitia. Ratio primæ partis huius explicationis in eo consistit, quod in ordine ad bona aduentitia pater iustè gaudet vsufructu, non tamen proprietate, & dominio; cum igitur quoad vsumfructum non teneatur rationem reddere administrationis, benè tamen, quoad proprietatem, hinc est, quod quoad illam non potest dici, quod bona habeat hypothecata, benè tamen quoad istam, cum potissimum hypotheca consurgat ex dolosa administratione in præiudicium creditoris, seu habentis ius in illa re; non potest autem esse dolosa administratio in præiudicium filij quoad vsumfructum, cum hic spectat absolutè ad Patrem, benè tamen quoad proprietatem, cum hæc spectet absolutè ad filium. Hocque est, quod habetur *in l. Imperator ff. ad Trebel.* hancque communem opinionem asserit *Socin. cons. 34. prosequendo ordinem in vlt. col. vol. 1.*

Procedit quoad bona aduentitia, & quoad proprietatem.

Ratio autem quoad bona profectitia ex eodem capite desumitur, quia eorum plenum ius, tam quoad vsumfructum, quam quoad proprietatem pertinet ad Patrem, ergo, sicuti, quia quoad vsumfructum habet plenam administrationem, & ius in bonis aduentitijs, pro tali administratione quoad vsumfructum non tacitè Pater hypothecat bona sua, ità quia non tam quoad vsumfructum, quam quoad proprietatem habet plenum ius, & administrationem quoad bona profectitia pro eorum administratione quoad omnia non tacitè obligabit bona, *argum. l. si verò, §. de viro, ff. solut. matrim., Alexander in l. si constante in princip. qu. 8. 2. partis ff. eodem.*

Hic oritur difficultas, an pro bonis castrensibus, seu quasi castrensibus filij bona Patris intelligantur tacitè obligata eidem filio. Ratio dubitandi ex eo desumitur, quod Pater in ordine ad talia bona non videtur habere legitimam administrationem, cum tam quoad proprietatem, quam quoad vsumfructum pertineant ad eundem filium, non ad Patrem, adeoq; nec videtur pro illis habere onus res suas hypothecandi. Nihilominus cum dicatur *per glosam in l. pro officio in gl. fin. C. de administ. tut.*, quod non solum inducatur hypotheca in bonis tutorum, & Curatorum, sed etiam in bonis protutoris, hoc est illius, qui non est tutor, sed gerit se pro tutore, pari ratione videtur dicendum, qui, si Pater, quamuis non sit administrator, gesserit se tamen, vt talem, vtique aduersus ipsius bona etiam tacitè hypotheca inducatur, *Bald. in tract. dotis in 9. pat. 8. priuil. leg., Negusantius de pign. memb. 4. part 2. num. 16.* Accedit, quod in tantum dici posset, quod non subijciat bona sua hypothecæ tacitæ, in quantum quoad illa bona nec haberet ius quoad vsumfructum, nec quoad proprietatem, sed hæc ratio nihil euincit, quandoquidem nec tutor, nec curator habet vsumfructum nec proprietatem in bonis pupilli, nec minoris, & tamen contrahit hypothecam, ergo &c.; Sufficit igitur, quod assumat, vel assumpserit in se administrationem bonorum, & quod se gerat, vel gesserit, vt administratorem. 10

Sufficit, quod assumpserit administrationem.

Inducitur tertiò in bonis eiusdem patris in fauorem filiorum, quando Pater transit ad secunda vota pro illis bonis, quæ peruenerunt ad eundem Patrem ex primo matrimonio, hoc est ex prima vxore, cuius isti sunt filij per textum *in l. si quis prioris, §. in illo, & ibi Glos. Bartolus, Baldus, Salicetus C. de secundis nuptijs, Negusantius de pign. 4. membr. secundæ partis n. 19.* Ratio ex eo potest desumi, quia huiusmodi bona, quæ debentur filijs intuitu propriæ matris defunctæ, sunt quasi bona aduentitia, habentque easdem conditiones, quas habent ea- 11

11 Inducitur in bona Patris, & Matris quando transeūt ad secūda vota, & pro quibus bonis

dem, quandoquidem quoad vsumfructum pertinent ad Patrem, quoad proprietatem ad eosdem filios primi matrimonij, ergo in ordine ad bona aduentitia eorundem filiorum hoc idem, quod dicitur de bonis Patris transeuntis ad secunda vota tacitæ hypothecæ subiectis pro ijs bonis, quæ eidem Patri prouenerunt ex primo matrimonio, quæque sunt filijs eiusdem primi matrimonij conseruanda, dicendum est de bonis matris transeuntis ad secunda vota pro bonis conseruandis filijs primi matrimonij, quæ eidem Matri obuenerunt intuitu Patris ex eodem primo matrimonio *l. hac edictali, §. in omnibus C. de secundis nupt., & ibi communitèr Doctores*.

12 Item in bonis inuectis in domum

Inducitur quartò in bonis illatis, & inuectis per conductorem in domum locatoris in fauorem eiusdem locatoris, & in quodcunque prædium vrbanum per ea, quæ fusè dicta sunt *hoc eodem tom. 4. sub tit. Contractus X. de locato, & conducto prænot. 15. assert. 9. per totum, & eod. tom. 4. sub eod. tit. Disq. II. §. IV. V. vsque ad §. XIV. inclusiuè*, ad quæ vos remitto, ne repetam iam acta, & examinata.

13 Inducitur quintò in bonis hæredis pro legatis, fideicommissis, *l. 1. C. communia de leg. §. nostra Institut. de legat., Negusantius memb. 4. part. 2. num. 157., Mantica lib. 11. de tacit. tit. 27. nu. 1., Vasquez opusc. de pignor. c. 3. §. 1. num. 30., Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 7. per totum, Bartolus in l. 2. num. 13. vers. si verò C. communia de legat.* Dixi, *in bonis hæredis*, quod intelligendum est formalitèr, & reduplicatiuè, vt hæredis, prout scilicet eadem bona, quæ priùs erant testatoris, in eundem hęredem ab eodem processerint titulo hæreditario, non enim, quæ sunt propria ipsius hæredis, vel aliundè ad ipsum deuenerunt, intelliguntur pro eisdem legatis, seu fideicommissis tacitè hypothecata *d. l. 1. §. & hæc disposuimus, & ibi Bartolus num. 4. C. communia de legat. l. Paulus in princip. ff. de pignor.* Dixi, *non intelliguntur tacitè hypothecata*; non enim negauerim, quod, si testator, qui legatum constituit in fauorem alicuius vltrà tacitam obligationem deriuatam à iure, expressè imponeret onus hæredi, vt pro adimplemento legati per se constituti, nedum bona ipsius testatoris, sed etiam omnia, vel aliqua ipsius hæredis propria obligaret, tunc hypotheca expressa non subsisteret in eiusdem etiam bonis, quia tunc illa hæreditas videretur constituta sub conditione, si scilicet illa bona obligauerit, & tunc hæres adeundo hæreditatem videretur assentiri illi conditioni per testatorem appositæ, & simul, & semel quasi contrahere cum legatarijs, & fideicommissarijs *l. ex maleficijs, §. hæres ff. de action., & oblig. & l. apud Iulian. in fin. ff. quibus ex caus. in possess. ea*. Hæc tacita

Excipe, nisi testator obligauerit hæredem cū onere sua bona hypothecæ subijciendi.

Hæc hypotheca tacita in bonis hęredis cōsurgit, etiamsi detur solū officiū Iudicis.

hypotheca à iure constituta in bonis hæredis, quatenus hæredis, non solum procedit, quando ex testamento conceditur actio, sed etiam solum officium Iudicis, vt benè notant *Negus. d. memb. 4. part. 2. n. 157. Mantica de tacit. lib. 11. tit. 17. num. 1., & alij apud eundem Manticam*, sed tunc datur solum vtilis hypothecaria, *Bartolus in l. 1. ad fin. ff. de leg. 1. in 3. memb., & ibi Ioannes de Immol., Iason, & Alexander*; Extenditur autem hæc hypotheca tacita non solum ad bona, quæ fuerunt testatoris, ad ipsumque pertinebant ratione dominij, sed etiam quæ pertinebant ratione possessionis, quæque secundum hanc rationem deuenerunt ad hæredem *d. l. 1. in fin. C. communia de leg. Negus. de pign. memb. 4. partis 2. num. 177.*; non autem ad ipsam rem legatam *l. legatum in ff. de leg. 2., Iason in d. l. nu. 132. vers. 2. in quantum, & Ripa n. 65 ff. de leg. 1.*, & quidem rectà ratione, quandoquidem ipsum legatum post aditam per hæredem hæreditatem immediatè ipso iure quoad dominium transit in legatarium; quod autem ipsius legatarij est quoad dominium, non potest esse ipsi in vim pignoris, & hypothecæ obligata, *l. neque pignus ff. de reg. iuris*; Nec item hypotheca tacita pro legato vnius extenditur quoad bona alijs legata, *arg. l. 2., & ibi Glos. C. vt in possess. leg., Mantica loc. cit. num. 17.*, vbi alios plures allegat.

Extenditur etiam ad bona, quæ fuerunt testatoris solum quoad possessionem.

Circa hanc hypothecam tacitam à iure inductam in bonis hæredis pro legatis, & fideicommissis nonnullæ suboriuntur difficultates, quas currenti calamo expono, & diluo. Prima est, an, si testator, qui legatum constituit in fauorem alicuius, simul, & semel obligauerit aliquam rem specialitèr in rebus suis pro tali re legata, adhuc simul cum tali speciali, & expressa hypotheca intelligatur consistere generalis tacita à iure inducta. Circa quam plurima in materia cambiorum diximus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de camb. 2. disqu. 3. §. 15. num. 2.*, & in materia locati, & conducti quoad illata, & inuecta *hoc eodem tom. 4. sub tit. Contract. X. disqu. 2. §. 1. per totum*, quæ ibi recole. Iuxta ibi dicta existimo etiam in præsenti, quod per talem expressam, & specialem hypothecam ablata fuerit hypotheca tacita, & generalis, quidquid in contrarium dixerint *Mantica de tacit. lib. 11. tit. 17. n. 2., Negusantius de pignor. memb. 4. par. 2. num. 157., Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 7. n. 88. per Doctores, & iura per eosdem allegata*. Ratio potissimum deduci potest ex textu *in dict. l. 1. C. communia de legatis*, quam in sui confirmationem allegant contrariæ sententiæ assertores, licet non congruè; vbi dicitur. *Si enim testator ideò legata, vel fideicommissa dereliquit, vt omnimodò persona ab eo honorata ea percipiant*, 14

Cessat hypothecæ tacita generalis vbi specialis per testatorē cōstituitur.

appa-

apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contrà res testatoris esse instituendas, vt omnibus modis, voluntati eius satisfiat; ex quibus liquet, huiusmodi ius, per quod inducta est hypotheca pro legatis, & fideicommissis, respexisse voluntatem interpretatiuam testatoris; cum igitur voluntas testatoris expresſè cauerit in huiusmodi legatis per expressas, & speciales obligationes in rebus determinatis, non est, cur cedere non debeat prouisio iuris, quæ solummodò disponere videtur conformitèr ad eandem voluntatem, vbi enim voluntas est expressa, non est, cur recurratur ad implicitam, & interpretatiuam dependentèr à iuris dispositione respicientis eandem voluntatem præsumptam, & interpretatiuam, & in hoc locum habet potissimum textus *in l. fin. C. de pactis conuent.* vbi dicitur, quod prouisio hominis cessare faciat prouisionem iuris; Nec obesse potest, si asseratur, in mox allegato textu solum importari prouisionem legis extraordinariam, quæ facta est in defectum prouisionis hominis, adeoque hanc dispositionem non esse extendendam ad hypothesim, de qua hic loquimur, vt videtur asserere *Baldus in d. l. num. 15. C. communia de legatis, Romanus sing. 592. incip. legatarius, Ripa in l. 1. num. 68., & Ruinus num. 90 ff. de legat. 1.*

Quomodo intelligẽdum sit, prouisio hominis cessare facit prouisioné legis.

Non, inquam, obesse potest, quia etiam in præsenti hypothesi in materiam legatorum dispositio legis est in subsidium defectus dispositionis hominis, quinimmò, *vt in ead. l. 1. C. communia de legatis*, hæc lex inducta est conformitèr ad mentem, & voluntatem testatoris, vt ibi dicitur, adeoque &c. Reliqua, quæ maximè facere possunt ad confirmandum nostrum intentum, & ad soluenda aduersantium obiecta, recole ex ijs, quæ dicta sunt, *dict. tom. 2. sub tit. de cambijs 2. disqu. 3 §. 15. nu. 2., & hoc eod. tom. 4. sub tit. Contractus X. disqu. 2. §. 1. per totum.*

Dispositio legis est in subsidium dispositionis testatoris.

15 Secunda difficultas est, an hypothecaria actio pro legatis competat contra tertium possessorem bonorum testatoris. Negant aliqui absolutè per textum *in d. l. 1. C. communia de leg.* ex eo, quod actio hypothecaria non possit esse sine obligatione personali, quæ non potest esse, nisi ex contractu, vel quasi contractu, qui certè non supponitur esse in tertio possessore. Nihilominus communior consensus habet; quod dicta actio hypothecaria competat etiam contrà tertium possessorem bonorum testatoris. Ratio autem ex eo deducitur, quod hypotheca semel affixa rei semper eam sequitur, eiusque possessorem afficit, *l. si prædium, & ibi Baldus C. de euict.*, & hypotheca in bonis non extinguitur per alienationem bonorum, sed transit cum illis *l. 1. C. rem alien. geren.*, & potiùs est obligatio realis, quam personalis, nec absolutè verum est, quod actio hypothecaria non possit subsistere sine personali, quandoquidem hypotheca, quandoque priùs contrahitur, quam obligatio personalis, *l. cum oportet §. fin., & ibi Glosa, & Baldus C. de bon., quæ lib. Alexand. r in l. fideiussior obligati, ff. de fideius.*, & cum res hypothecata possit à quorumcunque manibus reuocari, sequitur ex directo, quod etiam sine personali obligatione possit consistere.

Hypotheca in bonis nó extinguitur per alienationem bonorum.

Tertia difficultas est, an hypotheca tacita constituta pro legatis competat insolidum aduersus quemcunque ex hæredibus, an verò contra eosdem, ad quos deuenerunt res testatoris, tantum pro ratis. Videtur dicendum, competere aduersus quemcumque insolidum per textum *in l. 1. C. si vnus plur. hæred. cred. vel deb., & in l. residuam, & l. quandiu C. de distract. pignor.* Nihilominùs dicendum est, competere dumtaxat pro ratis per textum *in d. l. 1. in fin. C. communia de leg., & ibi Bart. in pen. opp., & Baldus in 3. col. in verb. item not.* Ratio ex eo deducitur, quia quoad hoc locum habet textus *in dicta l. 1. C. comm. de legat.*, quod actio hypothecaria commensuretur cum obligatione personali, nam hæredes in ordine ad legata adeundo hæreditatem personalitèr obligantur cum eisdem legatarijs, quia adeundo intelliguntur quasi contrahere cum illis, *l. ex maleficijs §. hæres ff. de act., & oblig., & l. apud Iulianum in fin. ff. quib. ex cauf. in possess. ea §. hæres instit. de oblig., quæ ex quasi contr. nas.* & hoc ad differentiam aliorum possessorum tertiorum, qui solummodò obligantur actione reali quoad bona hypothecata ratione eorundem bonorum, sed hæredes personalitèr non obligantur insolidum, sed tantùm pro rata, ergo actio hypothecaria non competit aduersus ipsos insolidum, sed tantùm pro ratis. Ad iura, quæ ex aduerso fuerunt allegata, dicendum est, ea non procedere de hypotheca pro legatis, sed de alijs hypothecis, in quibus quilibet possessor potest in solidum conueniri, *l. residuum, & col. quandiu C. de distrat. pign.* Si autem inquiras, cur in hypothecis quoad legata hæredes obligentur tantùm pro ratis, in hypothecis verò quoad alios possessores obligentur insolidum. Respondet *Baldus in dict. l. 1. in 3. col. vers. item nota, C. communia de leg.*, hoc ex eo prouenire, quod in alijs hypothecis non fit diuisio, quandoquidem incipiunt in persona vnius promissoris, & in sensu coniuncto; hypotheca autem, quæ conceditur pro legato, transmittitur in sensu diuiso.

16

Hypotheca pro legatis competit aduersus possessores, pro ratis.

Hypotheca cõmensuratur cum actione personali.

Hæredes obligantur tantũ pro rata.

Hypotheca pro legatis transmittitur in sensu diuiso.

17 Inducitur sextò, pro restitutione pecuniæ mutuatæ ad refectionem nauis, vel ad alimenta nautarum in bonis magistri nauis etiam cum priuilegio prelationis aliorum prio-

Pro refe-ctione nauis hypotheca inducitur

priorum creditorum, apertus est textus *in l. interdum cum l. sequenti*, *& ibi Bartolus*, *ff. qui potio. in pign. hab.*, *& in l. qui nauim ff. de priuil. cred.*, *& in l. quod quis 19 ff. eod.*, hocque expresse asserunt Doctores innumeri apud *Ognate d. tract. 20 disp. 57. sect. 5. nu. 65.*, *& seqq.*, hæcque hypotheca non solum intelligenda est pro refectione nauis, sed etiam pro extructione, armamentis, naulo, & cibarijs. *Ognate loco mox cit. n. 64.*

Hic controuertunt Doctores, an hypotheca, quæ ex dispositione iuris tacite inducitur pro refectione, extructione, armamentis &c. nauis in bonis magistri, sit etiam
18 extendenda pro reficiendis ædibus, domibus, alijsque in bonis dominorum. Quoad extructionem, seu refectionem ædificij necessariam ob paritatem rationis affirmant *Bartolus in l. interdum*, *& l. seq. ff. qui potior in pig. hab.*, *Negusantius memb. 4. part. 2. n. 82.* *Alexand. cons. 217. viso quodam n. 2. vol. 7.*, *Mantica lib. 11. tit. 23.*, *Molina disp. 536. §. lege Regia*, & alij plures *apud Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 5 num. 66.*, hocque expresse euincitur *in l. 1. ff. in quib. caus. pign.*, *& hypoth. tac.*, *& l. 25. ff. de reb. cred.* Quoad refectionem verò aliorum dissident inter se Doctores, nam alij negant, induci tamen hypothecam, quia iura solum disponunt quoad refectionem nauis, & ædium, adeoque non sunt extendenda quoad alia, tum quia est speciale priuilegium inductum in fauorem pupilli, vt res empta pecunia eiusdem sit eidem hypothecata pro restitutione talis pecuniæ, ergo hoc priuilegium non est extendendum quoad alios, tum quia hæc hypotheca esset legalis, si esset; legibus autem cautum non est, quod hæc vigeant pro alijs rebus à refectione nauium, vel ædium; alij verò affirmant propter paritatem rationis, hosque allegat *Ognate loc. cit. num. 68.*, *& 69.*, qui etiam ibi iura allegat; adducit rationes, & respondet obiectis supra adductis. Nihilominus asserendum existimo, in ordine ad alia ab ædificijs nauis, & domus, hanc tacitam hypothecam propriè non esse propter allegatas rationes pro prima opinione; non negauerim tamen sic mutuantem habere priuilegium in personali actione, vt scilicet in dictis rebus præferatur alijs creditoribus non priuilegiatis prætendentibus solum personalem iuxta textum *in l. quod quis*, *& ibi Glos. ff. de priuil. credit.*, *Bartol. in d. l. interdum*, *ff. qui pot. in pig. hab.*, *Baldus in l. quamuis ex ea C. de pignor.*, *& in l. licet C. qui pot. in pig. hab.*, & iuxta hunc sensum explicanda sunt, si quæ ex *Ognate loc. cit.*, *& ex Mantica de tacit. lib. 11. tit. 23. n. 1.* afferantur.

Hæc hypotheca nō habet locum in alijs rebus à refectione nauis, & ædis.

19 Inducitur septimò, ex speciali iure municipali Mediol. *in Nouis. constit. lib. 5. sub tit. de officio Abbatis*, *& Consulis Mercatorum vers. quotiescunque requisitus in fin.*, in bonis campsuarij, seu bancherij pro literis cambij realis, prout latè diximus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambijs 2. disqu. 3 §. 5.*, *& seqq.*, vbi omnes conditiones, & qualitates talis hypothecę fuerunt examinatæ, quæ omnia tu ibi recole.

Inducitur pro literis formalibus cābij ex vi cōstitut. Mediol.

In pluribus, & longè pluribus huiusmodi hypotheca, tum ex dispositione iurium municipalium, tum iuris communis inducta est, sed quia ex vna parte nimis arduum esset, & laboriosum singula statuta locorum, Ciuitatum, Prouinciarum, & Regnorum recolere, quæ in diuersis diuersa sunt, & ex alia singula, quæ iuris communis sunt, recensere, esset prænotionem in infinitum protrahere, ideò omissis, quæ iuris municipalis sunt, ijsque, quæ ad ius commune pertinent reseruatis in sequentibus prænotionibus examinandis ad alia proposita me confero.

Assertio II. Hypotheca tacita non solum est transmissibilis ad quemcunque hæredem, quantumuis extraneum, sed etiam ad quemcunque cessionarium. In hanc assertionem propendet *Negusantius de pignor. membr 4. 2 partis.* *Bartolus in l. 1. in primo priuilegio, ff. solut. matrim.*, *vbi allegat textum in §. fuerat ad fin. instit. de action.* Ratio autem huius assertionis ex eo deducitur, quia omnia iura realia, quæ erant apud creditorem defunctum, transeunt in ipsius hæredem, cum hic repræsentet personam illius tam quoad iura, quam quoad onera realia, vt sunt vulgata iura; ius autem hypothecæ est ius reale in re, non personale, & in persona. Ratio autem secundæ partis, quod scilicet transeat etiam in quemcunque cessionarium, ex eo euincitur, quod quidquid est transferibile ad hæredem, est etiam cessibile, *Baldus in l. 1. C. de priuil. dot.*, vndè congruentèr ad hæc principia docent communitèr iuris interpretes, quod facta simplici cessione de dote per mulierem consequentèr transferatur ipsa tacita hypotheca, tanquam pedissequa actionis dotalis, licet de hypotheca in cessione nihil fuerit expressum *l. emptor nominis*, *& l. venditor actionis ff. de hære ad art. vend.*, *Baldus in l. 1. in 4. col. in verb. quærunt Doctores de pulcherrima quæst. C. de priuil. doti*, *Salicetus in l. si insolutum C. de act.*, *& oblig.*, *Alexander in l. si verò in princip ff. solut. matrim.*, & licet hæc iura, & DD. auctoritates videantur potissimum procedere de hypotheca ex causa dotis, quatenus hæc sit transferibilis, & cessibilis, non video tamen, cur procedere non debeant in alijs causis, in quibus ex dispositione iuris est affixa tacita hypotheca, cum non

Ius hypothecæ est, ius reale, non personale.

non sit assignabilis disparitatis ratio.

21 Assertio III. Hypotheca tacita inducta à iure regularitèr eosdem habet effectus, quos habet expressa inducta ex partium conuentione simplicitèr, *Romanus conf.147. vers. nihilominus*, *Alexander conf.58.n.3. lib.7.*, *Coaruuias in pract. cap. 29. num. 4.*, *Mantica de tac. lib.21.tit.11.num.9.*, *Ognate d.tract.20. disp.57.sect.1. num.5.*

Non differunt hypotheca tacita, & expressa, nisi secundũ modũ.

Ratio ex eo deduci potest, quia huiusmodi hypothecæ non differunt, nisi secundum modum, quo inducuntur, tacitæ scilicet per dispositionem iuris, expresſę verò per partium conuentiones, cæterum quoad effectum, tam iura, quam homines idem intendunt, nempè securitatem eius, in cuius fauorem inducuntur, nec aliquid quoad hoc diuersum reperitur dispositum, vndè quoad hoc valet regula, quod taciti, & expressi eadem sit ratio, & iudicium *l. cum quid ff. si cert. pet. l. qui ad certum ff. locati*, *Ioannes Cephal. conf. 272. num. 87. vol. 2.* eademque virtus *d.l. cum quid ff. si cert. pet.*, & tacitum tantum operatur, quantum expressum, *Bartol. in l.2. vers. vlteriùs dicitur hic, & Doctores, ff. si cert. petat.*, *Alexander in l. quidquid adstringendæ in prima col. in fin. vers. op. de. ff. de verb. oblig.*

Non habet locũ quoad hypothecam tacitam pro dote.

Dixi, *regularitèr*, quia in primis, vt plurimi senserunt, habens hypothecam tacitam non habet priuilegium prælationis respectu aliorum habentium expressam, quod præcipuè deducebant *ex l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.*, sed ex illo textu solum euincitur, quod vxores in dotibus cæteris omnibus creditoribus anterioribus præferantur, & hoc ex speciali priuilegio respiciente indemnitatem ipsarum, vt legitur in dicto textu, nec hoc extendendum est ad alia non expressa, cum priuilegia sint strictissimi iuris, & non amplianda. Cæterum in rigore non video, cur habens hypothecam tacitam priorem non sit præferendus posteriori habenti hypothecam expressam, vt benè notauit *Paris. conf.80.nu. 37. lib.1.*, vbi expresſè asserit, quod licet tacita sit, non sit tamen deterioris conditionis, quam sit expressa, maximè quoad anterioritatem, & prioritatem, cum non minorem vim habeat ius, ac hominum dispositio *l.1. C. rem alien. geren.*, & traditur *in reg., qui prior de reg. iur. in 6. cum alijs allegatis* per Modernum *in tract. de pign., & hyp. in 2. part. memb. 4. fol.25 num. 107., & seq., & in part. 5. memb. 1. fol. 31. col.4. num. 23.*, quod idem expresſe asserit *Hugo Donellus in sua tract. de pignor. sub tit. qui potiores in pigno. habeantur* ex textu *in l. creditor in princip. C. qui pot. in pig. hab.*, *& in l. 3. de distract. pign.*, quod generalitèr, & sine distinctione ius ità conceptum est, eum iure potiorem esse, qui priùs hypothecam

Extendi-tur quoad alias hypothecas tacitas.

acceperit, & postea subdit. *Quare nihil interest, conuenerit ne de pignore inter debitorem creditorem, an pignus auctoritate, ac iussu Magistratuum occupatum fuerit, vel ex causa iudicati captum, an lege res pignori esse cœperit.*

Vlteriùs aliqui asserunt, diuersum esse in hoc iudicium inter hypothecam tacitam, & expressam, quod res expresſę hypothecæ subiectæ alienari non possint, ita vt eam obligationem realem, quam habeant, amittant, sed semper transeunt cum illo onere, seu iure reali in fauorem creditoris; res verò, quæ tacitè solum sunt hypothecatæ eo ipso, quod alienantur, desinunt esse hypothecæ subiectæ; atque ità sentire videtur *Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 17.*, qui ad hoc firmandum allegat textum *in l. cum tabernam 34. ff. de pign.*, citatque pro hoc Doctores; Sed meminisse debuisset *Ognate* eorum, quæ docuit *dict. tract. 20 disp 57. sect. 7. n. 90.*, nempè hypothecam pro legatis, quę vtique tacita est, competere etiam contra tertium possessorem bonorum testatoris, quę ab eisdem hæredibus in eundem transierint. Certè, si hęc bona ab hæredibus in eundem tertium possessorem transierunt, præsupponuntur ab eodem hærede alienata, & tamen per ipsum adhuc viget hypotheca. Quamobrem ad summum ea verificari existimo quoad aliqua mobilia ex genere suo de facili distrahibilia, cuiusmodi sunt pecunia, & alia, quæ conseruari non assueuerunt, quæque nata sunt ad commercium; atque in hoc sensu præcise intelligenda sunt iura allegata ab Ognate, & alia similia, si allegentur, non enim probabile est, quod ius, quod hypothecam in omnibus bonis constituit, voluerit ità debitorem grauare, vt de nullis suis bonis posset disponere. Sed hæc intelligenda sunt de quacunque hypotheca generali, siue fuerit tacita, siue expressa. 22

Nequeũt alienari, siue hypothecari tacitè, siue expresſè.

Excipe tamen quoad aliqua mobilia.

23 Vlteriùs alij asserunt, diuersum esse iudicium in hypotheca tacita, & expressa fundatum in eo, quod præcipuè in casu dotis hypotheca expressa incipiat à die promissionis eiusdem factæ pro tempore contractus matrimonialis, & quantumuis postea tradatur, retrotrahatur ad illud tempus *Bartolus in l. 1., ff. qui pot. in pign. hab.*, *Negusantius d. memb. 4. part. 2. n. 79.* hypotheca verò tacita non incipiat, nisi à die, qua actu traditur, nec retrotrahatur ad tempus promissionis, *Glos. in d. l. assiduis C. qui pot. in pign. hab.*, pro quo allegat textum *in l. pen. §. iura, C. de donat. ante nup.*, *& l. hac edictali, §. omnibus C. de secundis nupt.*, *& in l. cum oporter infin. C. de bon., quæ lib.* Nihilominùs hoc diuersum iudicium quoad hanc partem arbitror non subsistere, & ità confirmant *Iacobus de Aret.*

Aret., quam sequitur *Bartolus in dict. l. qui assiduis C. qui pot. in pign. habeant, Bartolus in l. 2. §. fin. ff. de priuil. credit.*, rationemque inprimis adducit *Salicetus in d. l. assiduis in princip. quaest.*, quia in ambiguis doti est fauendum *l. in ambiguis ff. de iur. dot.*, ambiguum autem videtur, quod hypotheca incipiat à die dotis datæ, vel promissæ, cum sit diuersitas opinionum *l. leges C. de legibus*, ergo fauendum est opinioni asserenti incipere à die dotis promissæ vtpotè magis fauorabili ipsi doti. Deindè *Negusantius dict. memb. 4. part 2. num. 80.* ponderando verba in textu *in l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.* considerat, quod ibi fit mentio non solum de actuali traditione, sed etiam de promissione. Ibi *dederint, vel promiserint, vel susceperint*. Rursus in fine *detur, vel promittatur, vel suscipiatur*, & in eodem textu inducitur hypotheca, ex quo eruitur, quod non solum in datione dotis resultet tacita hypotheca, sed etiam ex promissione eiusdem in contractu matrimoniali inito, & vlteriùs deducitur, quod, si in celebratione contractus fuerit promissa dos, & non tradita, nisi post annum, & interim maritus inter tempus promissionis, & traditionis contraxerit alia debita cum hypotheca, præferenda sit vxor in bonis mariti pro sua dote alijs, qui interim contraxerunt cum eodem marito, quia, cum incipiat hypotheca ipsius à die dotis promissæ, iam ipsa prior est in tempore, adeoque etiam potior in iure.

Hypotheca tacita dotis in promissione præferenda est.

24 Assertio IV. Hypotheca tacita non solum comprehendit bona præsentia debitoris, sed etiam futura, quinimmò etiam, & nomina debitorum. *Baldus in l. 1. col. pen. ff. sol. matrim., & in l. hac edictali §. omnibus post Cin. ibi, C. de secundis nupt., & in l. vbi adhuc ad fin. C. de iur. dot., Salic. in l. fin. C., quæ res pign. obligar. possint, Roman. in sing. 146. cart. 5., Negusant. de pign. memb. 4. 2. partis num. 165., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 11. num. 13. vers. quintò admonendi sumus, Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 7.*

Ratio ex eo deduci potest, quia hypotheca tacita concepta à iure sine vlla limitatione eandem vim habet, ac generalis expressa per ea, quæ dicta sunt ex allegatis iuribus in præcedenti assertione; cum in alio non differant, nisi in eo, quod illa inducta est à iure, hæc verò ex partium conuentione, sed hypotheca generalis expressa per superiùs dicta extenditur non solum ad bona debitoris præsentia, sed etiam ad bona futura, quinimmò, & ad nomina debitorum per ea, quæ habentur *in l. vlt. C. quæ res pig. oblig. poss., Baldus in l. 1. ff. solut. matrim., Roman. sing. 146. per l. hac edictali, §. omnibus, C. de secundis nupt.*, ergo &c.

Idem ius de hypotheca tacita, ac de expressa generali.

Hic controuertendum occurrit, an limitationes, quæ fuerunt superius adductæ pro generali expressa hypotheca ex vi textus *in l. obligatione generali, ff. de pignoribus cum duobus ll. seqq.* intelligendæ etiam sint pro tacita hypotheca, adeò vt in ipsa non veniant ea, quæ debitor non fuisset verisimilitèr concessurus, seu suppositurus in specie, nec ea, quæ ibi enumerantur. Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod in tantum in generali expressa hypotheca non veniunt mox enumerata, in quantum, cum hypotheca generalis expressa vim habeat ex partium conuentione, & consensu, non præsumitur esse ex parte obligantis consensus ad ea, ad quæ est ipsius singularis propensio, vel vrget pro eodem magna necessitas, hæc etenim est ratio finalis talis dispositionis, sed hæc ratio non militat in tacita hypotheca, ergo &c. Minor probatur, quia tacita hypotheca non habet vim à partium consensu, sed ex dispositione iuris, quod non respicit propensionem, & necessitatem obligantis, sed indemnitatem, & securitatem eius, in cuius fauorem inducitur obligatio, ergo &c. Nihilominus sentiendum existimo, easdem limitationes intelligendas esse etiam in tacita hypotheca. Ita in specie *Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 7. vers. sed planè in hac tacita Iason in §. item Seruiana num. 65., & seq. Instit. de act., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 11. num. 13. vers. verum planè, Negusantius de pignor. memb. 4. part. 2. num. 151.* 25
Ratio potissimum ex eo deducitur, quod textus *in d. l. obligatione generali, ff. de pignoribus* loquitur æquè de tacita hypotheca, ac de expressa generali, quinimmò ex eo, quod excludat ab hypotheca supellectilem, quę venit nomine inuectorum in domum locatam, quæque sub tacita hypotheca continetur, videtur potissimum loqui de tacita hypotheca; nec obesse potest obiectum in ratione dubitandi, quandoquidem, quamuis talis hypotheca legalis inducatur à iure, non per partium conuentiones; nihilominus ius ipsum est benignè interpretandum, vt non præsumatur obligare quoad ea, quę sunt necessaria modo suprà exposito ipsi debitori, & cum ius ipsum in aliquibus casibus particularibus suppleat defectum obligationis, quæ non inducitur per contrahentes, non videtur extrà extendendum ad id, ad quod obligarent ipsi contrahentes per hypothecam generalem.

Ius est begnignè interpretandum.

Assertio V. Ecclesia, Ciuitas, & Pupillus non gaudent inter se hypotheca *Baldus in c. Ecclesia S. Mar. num. 4., vt lit. pendente Mantica de tacit. lib. 11. tit. 12. nu 4., Ognate dict. tract. 20. disp 57. sect. 1. num. 10.* Secundum triplicem sensum examinari potest assertio; Primò, an pupillus, Ciuitas, & Ecclesia quomodocunque contrahant cum quocunque, ipsius bona sibi hypothecet pro 26

cre-

Triplex sensus difficultatis assertionis suppositæ.

credito. Secundò, an, si Ecclesia, pupillus, & Ciuitas aliquid alteri mutuent pro aliquo emendo, rem emptam sibi obligent pro pecunia mutuata. Tertiò, an pupillus aliquid mutuans Ecclesiæ, vel Ecclesia pupillo, vel Ciuitas Ecclesiæ, & pupillo mutuatarios obligent hypothecariè. Assertio procedit potissimum quoad primum sensum, iuxtà quem sic

Nullibi in iure expressũ est, quod pro credito pupilli sit affixa hypotheca in bonis debitoris.

Probatur assertio, quia nullibi in iure reperitur dispositum, quod pro quocunque credito pupilli, Ecclesiæ, seu Ciuitatis sit affixa hypotheca in bonis debitoris, ergo, si ex speciali conuentione, seu expressa non fuerit inducta hypotheca, quoad ipsos non erit, cur dici debeat tacitè imposita. Antecedens probatur, quia in primis non potest adduci textus *in l. idemque, ff. qui pot. in pign. hab.*, quia talis textus ad summum intelligitur de hypotheca constituta in re empta ex pecunia pupillari, de qua erit sermo infrà vberior; nec item textus *in l. quod quis, ff. de priuil. cred.*, quandoquidem ibi solummodò est sermo, quod mutuans habeat priuilegium in personali actione quoad rem emptam ex pecunia mutuata aduersus alios creditores non priuilegiatos prætendentes solum personalem *Baldus in l. quamuis ex ea C. de pignor., & in l. licet C. qui pot. in pig. hab., Salicet. in auth. quo iure num. 29. ead. tit.*

Quibus sic probatis quoad primum sensum examinanda remanet difficultas quoad alios duos sensus expositos, & quidem in ordine ad primum sensum de re empta ex pecunia pupilli eandem remanere obligatam eidem pupillo cũ prælatione etiam respectu quorumcunque creditorum anteriorum, habetur expressè in textu *in l. idemque, ff. qui pot. in pign. hab.*, quod explicat *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 163.*

Res empta pecunia pupilli remanet eidem pupillo obligata.

de re empta pecunia pupillari per alium à Tutore, quia tunc res illa non efficitur pupilli, sed solum in ea acquiritur ei tacita hypotheca; nam si res illa esset empta ex pecunia pupilli per Tutorem, tunc posset pupillus velle rem illam tanquam suam, vel velle, sibi pecuniam solutam pro illius acquisitione restitui, & interim, donec fiat restitutio, obligatam illam tacitè habere; quod verum existimo, si pecunia illa fuerit mutuata expressè ad rem illam determinatè habendam, seu acquirendam, nam, si esset simplicitèr mutuata sine ordine ad rem determinatè acquirendam, sed ad beneplacitum mutuatarij pro quocunque ipsius negotio, tunc iuxta superiùs dicta in probatione assertionis crediderim rei illi non esse annexam hypothecam, quod optimè notauit *Glosa in d. l. idemque verb. res fuerit circà medium, ff. qui pot. in pig. hab.* Idem, quod dicitur de acquisitis per pecuniam pupilli, intelligendum est etiam de pecunia militis, prout expressè habetur *l. si vt proponis C. de rei vendic., & l. 2. ff. de donat. inter vir., & vxor., Glos. in l quamuis, ff. de pign., Salicet. in l. licet in 1., & 2. oppos. C. qui pot. in pign. hab.*, & hoc ob speciale priuilegium militis. Sed, an hæc tacita hypotheca extendatur etiam ad bona acquisita ex pecunia mutuata per Ecclesiam, seu Ciuitatem, dissidium est inter Doctores, nam aliqui contendunt hoc priuilegium esse speciale in pupillo, & milite, nec propterea esse extendendum, alij verò ex paritate rationis extendunt, potissimum cum in similibus soleat per Doctores communitèr fieri extensio, vt videre est *in l. vnica C. quandò Imperator inter pupil., & viduam;* vbi Doctores priuilegium concessum pupillo, vt causæ eius cognoscantur per Principem, ampliant ad Ecclesias, Monasteria, & alia, & in alijs similibus, quandoquidem Ecclesiæ, & communitates reputantur pro pupillis, quod vtique non improbabile censeo, cum illud ius *in l. idemque* non stet restrictiuè, nec priuatiuè quoad alios.

Idem dic de re empta pecunijs militis.

Idem dic de acquisitis ex pecunia Ciuitatis, & Ecclesiæ.

29 Priuilegiati ad inuicem obligant sibi æquè bona sua.

In ordine tandem ad bona pupillorum, Communitatum, & Ecclesiarum ad inuicem contrahentium, an scilicet sint sibi ad inuicem hypothecata. Ratio dubitandi ex eo videtur oriri, quod, cum tàm pupillus, quàm Ecclesia, & Ciuitas videantur eodem priuilegio gaudere, non videntur eodem ad inuicem vti, cæteroqui, quod videtur in fauorem status inductum, videretur secundum quid in ipsius odium retorqueri, quod redolet absurditatem. Nihilominus probabilius sentiendum existimo, huiusmodi bona sibi adinuicem esse, & remanere hypothecata. Ratio ex eo deducitur, quia cum gaudeant singuli ex enumeratis tali priuilegio, non est, cur ex eo, quod aduicem contrahant, debeat tale priuilegium dissolui; neque enim supponitur concessum in contractibus in ordine ad alios non priuilegiatos solummodò, sed præcisè tali statui personarum, seu communitatum, siue in ordine ad alios non priuilegiatos, siue ad priuilegiatos; priuilegium enim consistit in eo præcisè, quod alios, cum quibus contrahunt, obligent, non autem quod ipsi non obligentur, si alij æquè priuilegiati cum ipsis contrahant.

Assertio VI. Regularitèr loquendo, nec res vendita credito hypothecæ remanet subiecta pro pretio soluendo, nec res empta pecunia alterius remanet hypothecata pro solutione, seu restitutione eiusdem pecuniæ, 30
Negusant. de pign memb. 4. part. 2. num. 163., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 12. num. 6., & 7. Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 12., & 13., Bartolus in d. l. interdum, Baldus in l. quamuis ex ea, C. de pign., & in l. licet C. qui pot. in pign. hab., Salicetus in auth. quo iure num. 2. eod. tit., quibus in locis monent dicti

Doctores, quod mutuantes pecuniam ad merces emendas acquirant solummodò priuilegium in personali actione, vt scilicet in dictis rebus præferantur alijs creditoribus non priuilegiatis prætendentibus solam personalem.

Ratio assertionis ex eo deducitur, quia, si tale priuilegium esset omnibus commune, qui mutuant pecunias suas ad emendas merces, frustranea esset illa iuris dispositio, per quam tale priuilegium conceditur pupillis, & militibus, quandoquidem hoc priuilegium veniret sub generali iuris dispositione; quinimmò hoc priuilegium non esset singulare ratione alicuius status, quod est contrà communem scribentium opinionem. Cum igitur sit priuilegium singulare, & per consequens strictè interpretandum, firmat regulam communem in contrarium quoad alios. Hoc idem, quod dicitur de negatione hypothecæ tacitæ in re empta in ordine ad mutuantem pecunias pro illa, proportionalitèr intelligendum est de negatione eiusdem hypothecæ in re vendita habita fide de pretio soluendo in ordine ad venditorem, quia de tali hypotheca nullibi reperitur in iure dispositum, quinimmò, cum plerumque soleant contrahentes in venditione rerum suarum habita fide de pretio sibi expresè hypothecam constituere in rebus venditis, donec pretium soluatur, ex directo euincitur, quod tacitè illa hypotheca ex iuris dispositione non fuerit inducta, cæteroqui superflua foret talis hypothecæ expressa reseruatio facta expressè, & specialitèr per contrahentes, vt per se patet.

Ratio, ob quam asseritur hypotheca non induci.

PRÆNOTIO V.

De tacita hypotheca pro bonis dotalibus.

SVMMARIVM.

Variæ rationes dubitandi. 1.

Competit tacita hypotheca pro dote ex vtroque latere. 2.

Etiam si dos fuerit tradita ab vxore, siue ab alio pro ea. 3.

Eadem hypotheca habet etiam locum in dotibus euictis. 4.

Dotans tenetur de euictione, si dotatio incipiat à promissione, secus verò, si incipiat à traditione, & quare. 5.

Hæc hypotheca locum etiam habet quoad dotem putatiuam in fauorem mulieris, quæ nupsit bona fide, licet inualidè. 6.

Dos præcisè confessata non habet priuilegium tacitæ hypothecæ in bonis mariti in ijs omnibus casibus, in quibus non præsumitur numeratio, secus in ijs, in quibus præsumitur. 7.

Hypotheca pro dote incipit à die promissionis, & contractus dotalis. 8.

Priuilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis post promissionem dotis factam à Patre pro filia sponso de futuro competit eidem filiæ aduersus bona Patris, quantumuis matrimonium non fuerit secutum, vel ob mortem sponsi, vel ob aliam causam. 9.

Item eidem Sponsæ aduersus bona sponsi, si dos sponso tradita fuerit intuitu matrimonij contrahendi, quamuis hoc secutum non fuerit. Ibidem.

Regularitèr loquendo tacita hypotheca inducta pro dote non competit extraneo, qui dotem dedit pro muliere, & stipulatus est, sibi reddi dissoluto matrimonio in ordine ad bona mariti, vel eius, qui restituere debet dotem. 10.

Nec item competit Patri pro restitutione dotis datæ marito, si agat nomine proprio. Ibidem.

Extraneus non habet priuilegium prælationis respectu creditorum mariti anteriorum concessum mulieri. 11.

Et multò minus, si dotem tradiderit pro muliere hæretica. 12.

Mulier Iudæa non priuatur priuilegio hypothecæ. 13.

Extraneus agens ad restitutionem dotis ob mortem mariti gaudet hoc priuilegio. 14.

Extraneus gaudet priuilegio hypothecæ, & prælationis, si de hoc expressè in solutione dotis conuenerit cum marito. 15.

Pater non gaudet priuilegio hypothecæ, quantumuis ab initio stipulatus fuisset in casu dissoluti matrimonij, sibi reddi dotem solutam. 16.

Nec item in casu, quo dos, seu actio dotis sit in ipsius dotantis bonis consolidata ab filiæ obitum. 17.

Gaudet tamen in hypothesi, qua per mortem mariti, vel alia quacunque causa dissoluto matrimonio ageret ad dotem repetendam à marito, vel eius hæredibus nomine filiæ, & vt administrator eiusdem. 18.

Item in casu, quo præmortuo marito, & superstite filia per ipsum dotata ageret nomine proprio ad eandem repetendam ab hæredibus mariti. 19.

Priuilegium tacitæ hypothecæ competit etiam mulieri pro proprio augmento dotis, siue hoc factum fuerit per eandem mulierem marito, siue à Patre eiusdem, siue ab alio extraneo, siue à marito in fauorem eiusdem. 20.

Augmentum dotis factum à marito futuræ vxori ea adiecta conditione, vt tantum valent talis collatio augmenti, quando verò contractum fuerit matrimonium, non tenet, sed adhuc celebrato matrimonio potest reuocari. 21.

Augmentum dotis factum à marito vxori constituto iam matrimonio non tenet. 22.

Aug-

Augmentum dotis quoad hypothecam non retrotrahitur ad diem constitutæ dotis, sed incipit à die ipsius augmenti. 23.

Priuilegium tacitæ hypothecæ competit etiam mulieri pro donatione sibi facta à marito propter nuptias, non tamen pro illo ius prælationis in ordine ad creditores mariti habentes tacitam hypothecam anteriorem 24.

Mulier potest etiam habere ius prælationis pro donatis propter nuptias, quando ad eadem agit tanquam sibi specialitèr obligata pro dote. 25.

Tacita hypotheca competit etiam vxori aduersus bona mariti pro paraphernalibus traditis vltrà dotem eidem marito, non tamen eidem competit ius prælationis aduersus alios creditores anteriores habentes tacitam hypothecam. 26.

Tacita hypotheca competit etiam vxori pro fructibus dotis. 27.

Hypotheca tacita competit etiam vxori in bonis mariti pro alimentis eidem debitis à marito. 28.

Hypotheca tacita competit etiam vxori in bonis mariti pro pretio rerum dotalium, si hæ in casibus à iure promissis fuerint per maritum alienatæ. 29.

Priuilegia concessa à Iustiniano in fauorem mulierum pro dotibus. 30.

Ius prælationis in bonis mariti in ordine ad creditores hypothecarios, si verè competit, competit solum mulieri, & filijs eiusdem descendentibus ex eodem matrimonio, non verò hæredibus ipsius extraneis, neque cessionarijs, neque filijs ex alio matrimonio. 31.

Priuilegium prælationis concessum mulieri, eiusque filijs ex eodem matrimonio eidem competit solummodò respectu aliorum creditorum habentium tacitam hypothecam anteriorem in bonis mariti, non verò habentium in eisdem hypothecam expressam. 32.

Priuilegium prælationis non competit mulieri, quantumuis habeat hypothecam expressam posteriorem in ordine ad alios creditores habentes hypothecam expressam anteriorem. 33.

Priuilegium prælationis in hypotheca tacita mulieris quoad sua bona dotalia in bonis mariti competit eidem mulieri aduersus alios creditores habentes hypothecam expressam posteriorem. 34.

Competit etiam eidem mulieri, quantumuis dos promissa fuerit dumtaxat in parte soluta; & postea alia pars tradita post tempus. 35.

Hypotheca tacita vxoris in ordine ad bona acquisita per maritum subsequentèr ad talem hypothecam vxoris præferenda est creditoribus anterioribus per hypothecam expressam, & generalem. 36.

Vxor in sua hypotheca pro dote cæteris etiam creditoribus habentibus expressam hypothecam anteriorem præferenda est quoad acquisita per maritum non solum subsequentèr ad propriam tacitam, sed etiam antecedentèr ad illam, dummodò fuerint acquisita subsequentèr ad expressam generalem aliorum. 37.

In controuersia, an bona fuerint quæsita antecedentèr ad hypothecam expressam aliorum, an verò subsequentèr ad illam onus probandi spectat ad agentem in causa. 38.

Stante statuto, quod tacita hypotheca, quæ ex iure communi consurgit in aliquibus contractibus, habeatur pro expressa, perindè est, ac si in Instrumento esset supposita, & supposito, quod aliquis antecedentèr ad dotem contraxerit cum marito, tunc verè tolleret prælationem vxoris in bonis eiusdem mariti. 39.

Regularitèr loquendo concurrentibus duobus instrumentis altero dotis, altero mutui, cui ex partium conuentione inest expressa hypotheca in omnibus bonis mutuatarij, in dubio, quodnam ex illis sit prius, præsumendum est in fauorem instrumenti pro dote confecti. 40.

Verificantur non solum, quando agitur inter mulierem pro dote, & priuatum pro mutuo, sed etiam, quando agitur inter eandem ex causa dotis, & inter Fiscum. 41.

Verificatur item non solum, quando dubium resultat ex duobus instrumentis eadem die confectis, sed etiam, quando resultat ex testium depositionibus concludentibus pro eadem die, non tamen de anterioritate, & posterioritate. 42.

Limita in casu, quo ex ordine protocolli dignosceretur prius esse confectum instrumentum mutui. 43.

Limita item in casu, quo in vno ex his instrumentis esset habitus, in alio priuatio habitus. 44.

Item in hypothesi, quæ scriptura pro mutuo esset publica, scriptura verò pro dote esset priuata. 45.

Non tamen limitanda est in casu, quo habens instrumentum mutui possideret rem hypothecæ subiectam. 46.

Inter Fiscum, & vxorem ratione suæ dotis regularitèr quoad prælationem seruatur prioritas temporis. 47.

Si mulier ratione dotis per hypothecam tacitam antecedentèr acquisiuerit ius in bonis mariti, ac acquisierit Fiscus, & subsequentèr ad hypothecam Fisci maritus alia bona acquisierit, etiam in bonis per eundem maritum subsequentèr acquisitis præfertur mulier pro dote recuperanda. 48.

Regularitèr loquendo hypotheca tacita vxoris præfertur alijs hypothecis tacitis anterioribus priuilegiatis. 49.

Mulier ratione dotis præfertur creditori anteriori habenti tacitam hypothecam ratione

habet priuilegium, vt non possit condemnari, nisi quantum facere potest. 82.
Hoc priuilegium extenditur etiam ad hæredes vxoris. 83.
Maritus potest se tueri tali priuilegio aduersus Fiscum, si bona vxoris ob delictum fuerint confiscata. 84.
Etiam socer pater mariti gaudet hoc priuilegio. 85.
Maritus putatiuus non gaudet tali priuilegio. 86.
Nec item hoc priuilegium competit hæredibus mariti. 87.
Competit tamen filijs ex eodem matrimonio hæredibus ex vi alterius iuris. 88.
Si maritus viuens litem contestarit aduersus vxorem super exceptione præfati beneficij, & postea mortuus fuerit, an hæredes extranei tunc gaudere possint illo beneficio duplex sententia. 89.
Negatiua sententia præfertur. 90.
Hoc priuilegium competit marito non solum, quando conuenitur actione dotis, sed etiam ex alia causa inter ipsos coniuges. 91.
Marito competit tale priuilegium quoad contractus initos constante matrimonio, siue conuentio per mulierem aduersus eundem fiat durante, vel soluto matrimonio. 92.
Probabilius est, si contractus fuerint initi post dissolutum matrimonium, & maritus post illud conueniatur, non gaudeat dicto priuilegio. 93.
Non obstat tali priuilegio tacita hypotheca. 94.
Qualis, & quanta debeat esse inopia mariti deciditur remissiuè. 95.
Regularitèr promissor dotis, si ex necessitate tenetur dotare, conuentus à marito mulieris, vel ab eadem muliere potest excipere de hoc priuilegio. 96.
Pater vxoris, qui promisit dotem conuentus potest hoc priuilegio se tueri. 97.
Socer pater vxoris gaudet hoc priuilegio non solum, quando conuenitur ex causa dotis promissæ, sed etiam ex alia causa à dote. 98.
Mulier, quæ dotem marito promisit, si ab eodem marito conueniatur, gaudet priuilegio. 99.
Frater, qui iure sanguinis, & naturæ tenetur dotare sororem, & promisit marito sororem, gaudet priuilegio, siue conueniatur à sorore, siue à marito eiusdem. 100.

Consultò secernimus à reliquis tacitis hypothecis hypothecas quoad dotes, & bona dotalia, quæ consurgunt in bonis mariti, tùm quia peculiares inuoluunt difficultates, quæ peculiaritèr exigunt examinari, & non confusè cum alijs, tum quia, cum innumera ferè dubia inuoluant, in infinitum protraherent prænotionem. Quamobrem omnia ad hæc bona spectantia sub hoc titulo comprehendemus, maiori tamen, qua poterimus breuitate, & claritate secernentes etiam eundem titulum in varias sectiones. Latè de huiusmodi hypotheca agunt: *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. à num. 24. vsque ad 103., & vltrà, Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19., & seqq., Ognate dict. tract. 20. disp. 57. per varias sectiones, & alij plures, Couaruuias var. resol. lib. 1. cap. 7., Petrus Barbosa in tit. ff. solut. matrimon. part 3. lib. 1., Iacobus Cancerius var. resol. par. 2. cap. 9., Amator Rodriquez in tract. de concursu credit. part. 1. artic. 1., Ioann. Angel. Bossius in tract. de dot. cap. 18. per totum.*

1 Omissis in pluribus, quæ sunt communia cæteris hypothecis tacitis, ad hæc, quæ compendiariè profero, me confero examinanda, & primò, an dos, seu dotis actio habeat annexam tacitam hypothecam in bonis mariti recipientis dotem, & in bonis mulieris, seu alterius promittentis dotem. Secundò, an alijs præter vxorem, & maritum competat hoc priuilegium tacitæ hypothecæ pro fauore dotis. Tertiò, an dictum priuilegium tacitæ hypothecæ competat solummodò mulieri pro dote, an verò etiam pro augmento dotis, & an pro alijs, & quibus. Quartò, an hypotheca tacita, quæ fuit inducta à iure pro dote, habeat priuilegium prælationis in ordine ad omnia bona mariti pro consequenda restitutione dotis, item, an sit anterior hypothecæ creditorum mariti, item an, & quando sit præferenda Fisco. Quintò, an dos sit præferenda impensis funeris mariti. Sextò, an inter duas mulieres eiusdem mariti vxores, eorumque filios detur priuilegium prælationis. Septimò, an priuilegium prælationis pro dote competat solum mulieri, an verò etiam eius hæredibus, alijsque personis. Octauò, quomodo succurratur mulieri, quandò maritus tradidit alteri creditori res, seu bona, in quibus vxor habeat tacitam hypothecam. Nonò, quomodo maritus possit sibi consulere, & vxori, quando ære alieno grauatus constante matrimonio timet insultum à creditoribus. Decimò, an mulier possit in fauorem mariti renuntiare hypothecæ, & priuilegio prælationis, & his similia.

Variæ rationes dubitādi.

SECTIO I.

An, & quomodo competat hypotheca pro dote.

2 Assertio I. Competit tacita hypotheca pro dote, & eius actione ex vtroque latere, hoc est, tam in bonis mariti pro ea recepta, & pro restitutione eiusdem, quam in bonis vxoris pro ea promissa, & non data pro traditione eiusdem. Ità *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 25., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 19. num. 1., Gomez ad l. 50.*

11 Inducitur in bona Patris, & Matris quando transeũt ad secũda vota, & pro quibus bonis

dem, quandoquidem quoad vsumfructum pertinent ad Patrem, quoad proprietatem ad eosdem filios primi matrimonij, ergo in ordine ad bona aduentitia eorundem filiorum hoc idem, quod dicitur de bonis Patris transeuntis ad secunda vota tacitæ hypothecæ subiectis pro ijs bonis, quæ eidem Patri prouenerunt ex primo matrimonio, quæque sunt filijs eiusdem primi matrimonij conseruanda, dicendum est de bonis matris transeuntis ad secunda vota pro bonis conseruandis filijs primi matrimonij, quæ eidem Matri obuenerunt intuitu Patris ex eodem primo matrimonio *l. hac edictali, §. in omnibus C. de secundis nupt.*, *& ibi communitèr Doctores*.

12 Item in bonis inuectis in domum.

Inducitur quartò in bonis illatis, & inuectis per conductorem in domum locatoris in fauorem eiusdem locatoris, & in quodcunque prædium vrbanum per ea, quæ fusè dicta sunt *hoc eodem tom. 4. sub tit. Contractus X. de locato, & conducto prænot. 15. assert. 9. per totum, & eod. tom. 4. sub eod. tit. Disq. II. §. IV. V. vsque ad §. XIV. inclusiuè*, ad quæ vos remitto, ne repetam iam acta, & examinata.

13 Inducitur quintò in bonis hæredis pro legatis, fideicommissis, *l. 1. C. communia de leg. §. nostra Institut. de legat.*, *Negusantius memb. 4. part. 2. num. 157.*, *Mantica lib. 11. de tacit. tit. 27. nu. 1.*, *Vasquez opusc. de pignor. c. 3. §. 1. num. 30.*, *Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 7. per totum*, *Bartolus in l. 2. num. 13. vers. si verò C. communia de legat.* Dixi, *in bonis hæredis*, quod intelligendum est formalitèr, & reduplicatiuè, vt hæredis, prout scilicet eadem bona, quæ priùs erant testatoris, in eundem hęredem ab eodem processerint titulo hæreditario, non enim, quæ sunt propria ipsius hæredis, vel aliundè ad ipsum deuenerunt, intelliguntur pro eisdem legatis, seu fideicommissis tacitè hypothecata *d. l. 1. §. & hæc disposuimus, & ibi Bartolus num. 4. C. communia de legat. l. Paulus in princip. ff. de pignor.* Dixi, *non intelliguntur tacitè hypothecata*; non enim negauerim, quod, si testator, qui legatum constituit in fauorem alicuius vltrà tacitam obligationem deriuatam à iure, expresè imponeret onus hæredi, vt pro adimplemento legati per se constituti, nedum bona ipsius testatoris, sed etiam omnia, vel aliqua ipsius hæredis propria obligaret, tunc hypotheca expressa non subsisteret in eiusdem etiam bonis, quia tunc illa hæreditas videretur constituta sub conditione, si scilicet illa bona obligauerit, & tunc hæres adeundo hæreditatem videretur assentiri illi conditioni per testatorem appositæ, & simul, & semel quasi contrahere cum legatarijs, & fideicommissarijs *l. ex maleficijs, §. hæres ff. de action., & oblig. & l. apud Iulian. in fin. ff. quibus ex caus. in possess. ea*. Hæc tacita

Excipe, nisi testator obligauerit hæredem cũ onere sua bona hypothecæ subijciendi.

Hæc hypotheca tacita in bonis hæredis cõsurgit, etiamsi detur solũ officiũ Iudicis.

hypotheca à iure constituta in bonis hæredis, quatenus hæredis, non solum procedit, quando ex testamento conceditur actio, sed etiam solum officium Iudicis, vt benè notant *Negus. d. memb. 4. part. 2. n. 157.*, *Mantica de tacit. lib. 11. tit. 17. num. 1.*, *& alij apud eundem Manticam*, sed tunc datur solum vtilis hypothecaria, *Bartolus in l. 1. ad fin. ff. de leg. 1. in 3. memb.*, *& ibi Ioannes de Immol.*, *Iason*, *& Alexander*; Extenditur autem hæc hypotheca tacita non solum ad bona, quæ fuerunt testatoris, ad ipsumque pertinebant ratione dominij, sed etiam quæ pertinebant ratione possessionis, quæque secundum hanc rationem deuenerunt ad hæredem *d. l. 1. in fin. C. communia de leg.* *Negus. de pign. memb. 4. partis 2. num. 177.*; non autem ad ipsam rem legatam *l. legatum in ff. de leg. 2.*, *Iason in d. l. nu. 132. vers. 2. in quantum, & Ripa n. 65 ff. de leg. 1.*, & quidem rectà ratione, quandoquidem ipsum legatum post aditam per hæredem hæreditatem immediatè ipso iure quoad dominium transit in legatarium; quod autem ipsius legatarij est quoad dominium, non potest esse ipsi in vim pignoris, & hypothecæ obligata, *l. neque pignus ff. de reg. iuris*; Nec item hypotheca tacita pro legato vnius extenditur quoad bona alijs legata, *arg. l. 2.*, *& ibi Glos. C. vt in possess. leg.*, *Mantica loc. cit. num. 17.*, vbi alios plures allegat.

Extenditur etiam ad bona, quæ fuerunt testatoris solum quoad possessionem.

Circà hanc hypothecam tacitam à iure inductam in bonis hæredis pro legatis, & fideicommissis nonnullæ suboriuntur difficultates, quas currenti calamo expono, & diluo. Prima est, an, si testator, qui legatum constituit in fauorem alicuius, simul, & semel obligauerit aliquam rem specialitèr in rebus suis pro tali re legata, adhuc simul cum tali speciali, & expressa hypotheca intelligatur consistere generalis tacita à iure inducta. Circà quam plurima in materia cambiorum diximus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de camb. 2. disqu. 3. §. 15. num. 2.*, & in materia locati, & conducti quoad illata, & inuecta *hoc eodem tom. 4. sub tit. Contract. X. disqu. 2. §. 1. per totum*, quæ ibi recole. Iuxta ibi dicta existimo etiam in præsenti, quod per talem expressam, & specialem hypothecam ablata fuerit hypotheca tacita, & generalis, quidquid in contrarium dixerint *Mantica de tacit. lib. 11. tit. 17. n. 2.*, *Negusantius de pignor. memb. 4. par. 2. num. 157.*, *Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 7. n. 88. per Doctores, & iura per eosdem allegata*. Ratio potissimum deduci potest ex textu *in dict. l. 1. C. communia de legatis*, quam in sui confirmationem allegant contrariæ sententiæ assertores, licet non congruè; vbi dicitur. *Si enim testator ideò legata, vel fideicommissa dereliquit, vt omnimodò personæ ab eo honorata ea percipiant*, appa- 14

Cessat hypothecæ tacita generalis vbi specialis per testatorẽ cõstituitur.

apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contrà res testatoris esse instituendas, vt omnibus modis, voluntati eius satisfiat; ex quibus liquet, huiusmodi ius, per quod inducta est hypotheca pro legatis, & fideicommissis, respexisse voluntatem interpretatiuam testatoris; cum igitur voluntas testatoris expresè cauerit in huiusmodi legatis per expressas, & speciales obligationes in rebus determinatis, non est, cur cedere non debeat prouisio iuris, quæ solummodò disponere videtur conformitèr ad eandem voluntatem, vbi enim voluntas est expressa, non est, cur recurratur ad implicitam, & interpretatiuam dependentèr à iuris dispositione respicientis eandem voluntatem præsumptam, & interpretatiuam, & in hoc locum habet potissimum textus *in l. fin. C. de pactis conuent.* vbi dicitur, quod prouisio hominis cessare faciat prouisionem iuris; Nec obesse potest, si asseratur, in mox allegato textu solum importari prouisionem legis extraordinariam, quæ facta est in defectum prouisionis hominis, adeoque hanc dispositionem non esse extendendam ad hypothesim, de qua hic loquimur, vt videtur asserere *Baldus in d.l.num.15. C.communia de legatis, Romanus sing. 592. incip. legatarius, Ripa in l.1.num.68., & Ruinus num.90 ff.de legat.1.* Non, inquam, obesse potest, quia etiam in præsenti hypothesi in materiam legatorum dispositio legis est in subsidium defectus dispositionis hominis, quinimmò, *vt in ead. l. 1. C. communia de legatis*, hæc lex inducta est conformitèr ad mentem, & voluntatem testatoris, vt ibi dicitur, adeoque &c. Reliqua, quæ maximè facere possunt ad confirmandum nostrum intentum, & ad soluenda aduersantium obiecta, recole ex ijs, quæ dicta sunt, *dict.tom.2.sub tit.de cambijs 2. disqu.3 §.15.nu.2., & hoc eod.tom. 4.sub tit. Contractus X. disqu. 2. §. 1. per totum*.

Quomodo intelligẽdum sit, prouisio hominis cessare facit prouisionẽ legis.

Dispositio legis est in subsidium dispositionis testatoris.

15 Secunda difficultas est, an hypothecaria actio pro legatis competat contra tertium possessorem bonorum testatoris. Negant aliqui absolutè per textum *in d.l.1. C. communia de leg.* ex eo, quod actio hypothecaria non possit esse sine obligatione personali, quæ non potest esse, nisi ex contractu, vel quasi contractu, qui certè non supponitur esse in tertio possessore. Nihilominus communior consensus habet; quod dicta actio hypothecaria competat etiam contrà tertium possessorem bonorum testatoris. Ratio autem ex eo deducitur, quod hypotheca semel affixa rei semper eam sequitur, eiusque possessorem afficit, *l. si prædium, & ibi Baldus C. de euict.*, & hypotheca in bonis non extinguitur per alienationem bonorum, sed transit cum illis *l. 1. C. rem alien.geren.*, & potiùs est obligatio realis, quam personalis, nec absolutè verum est, quod actio hypothecaria non possit subsistere sine personali, quandoquidem hypotheca, quandoque priùs contrahitur, quam obligatio personalis, *l.cum oportet §. fin., & ibi Glosa, & Baldus C. de bon., quæ lib. Alexand. r in l. fideiussor obligati, ff.de fideiuss.*, & cum res hypothecata possit à quorumcunque manibus reuocari, sequitur ex directo, quod etiam sine personali obligatione possit consistere.

Hypotheca in bonis nõ extinguitur per alienationem bonorum

Tertia difficultas est, an hypotheca tacita constituta pro legatis competat insolidum aduersus quemcunque ex hæredibus, an verò contra eosdem, ad quos deueneunt res testatoris, tantum pro ratis. Videtur dicendum, competere aduersus quemcumque insolidum per textum *in l. 1. C. si vnus plur. hæred. cred. vel deb., & in l. residuam, & l. quandiu C. de distract. pignor.* Nihilominùs dicendum est, competere dumtaxat pro ratis per textum *in d.l. 1. in fin. C. communia de leg., & ibi Bart. in pen. opp., & Baldus in 3. col. in verb. item not.* Ratio ex eo deducitur, quia quoad hoc locum habet textus *in dicta l. 1. C. comm. de legat.*, quod actio hypothecaria commensuretur cum obligatione personali, nam hæredes in ordine ad legata adeundo hæreditatem personalitèr obligantur cum eisdem legatarijs, quia adeundo intelliguntur quasi contrahere cum illis, *l.ex maleficijs §. hæres ff. de act., & oblig., & l.apud Iulianum in fin.ff.quib. ex caus. in possess. ea §. hæres instit. de oblig., quæ ex quasi contr. nas.* & hoc ad differentiam aliorum possessorum tertiorum, qui solummodò obligantur actione reali quoad bona hypothecata ratione eorundem bonorum, sed hæredes personalitèr non obligantur insolidum, sed tantùm pro rata, ergo actio hypothecaria non competit aduersus ipsos insolidum, sed tantùm pro ratis. Ad iura, quæ ex aduerso fuerunt allegata, dicendum est, ea non procedere de hypotheca pro legatis, sed de alijs hypothecis, in quibus quilibet possessor potest in solidum conueniri, *l. residuum, & col. quandiu C. de distrat. pign.* Si autem inquiras, cur in hypothecis quoad legata hæredes obligentur tantùm pro ratis, in hypothecis verò quoad alios possessores obligentur insolidum. Respondet *Baldus in dict.l.1. in 3.col.vers.item nota, C. communia de leg.*, hoc ex eo prouenire, quod in alijs hypothecis non fit diuisio, quandoquidem incipiunt in persona vnius promissoris, & in sensu coniuncto; hypotheca autem, quæ conceditur pro legato, transmittitur in sensu diuiso. 16

Hypotheca pro legatis competit aduersus possessores, pro ratis.

Hypotheca cõmensuratur cum actione personali

Hæredes obligantur tantũ pro rata.

Hypotheca pro legatis transmittitur in sensu diuiso.

Inducitur sextò, pro restitutione pecuniæ mutuatæ ad refectionem nauis, vel ad alimenta nautarum in bonis magistri nauis etiam cum priuilegio prelationis aliorum prio- 17

Pro refectione nauis hypotheca inducitur priorum creditorum, apertus est textus *in l. interdum cum l. sequenti, & ibi Bartolus, ff. qui potio. in pign. hab., & in l. qui nauim ff. de priuil. cred., & in l. quod quis 19. ff. eod.*, hocque expresse asserunt Doctores innumeri apud *Ognate d. tract. 20 disp. 57. sect. 5. nu. 65., & seqq.*, hæcque hypotheca non solum intelligenda est pro refectione nauis, sed etiam pro extructione, armamentis, naulo, & cibarijs. *Ognate loco mox cit. n. 64.*

Hic controuertunt Doctores, an hypotheca, quæ ex dispositione iuris tacite inducitur pro refectione, extructione, armamentis &c. nauis in bonis magistri, sit etiam extendenda pro reficiendis ædibus, domibus, alijsque in bonis dominorum. Quoad

18 extructionem, seu refectionem ædificij necessariam ob paritatem rationis affirmant *Bartolus in l. interdum, & l. seq. ff. qui potior in pig. hab., Negusantius memb. 4. part. 2. n. 82. Alexand. cons. 217. viso quodam n. 2. vol. 7., Mantica lib. 11. tit. 23., Molina disp. 536. §. lege Regia*, & alij plures *apud Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 5 num. 66.*, hocque expresse euincitur *in l. 1. ff. in quib. caus. pign., & hypoth. tac., & l. 25. ff. de reb. cred.* Quoad refectionem verò aliorum dissident inter se Doctores, nam alij negant, induci tamen hypothecam, quia iura solum dispo. nunt quoad refectionem nauis, & ædium, adeoque non sunt extendenda quoad alia, tum quia est speciale priuilegium inductum in fauorem pupilli, vt res empta pecunia eiusdem sit eidem hypothecata pro restitutione talis pecuniæ, ergo hoc priuilegium non est extendendum quoad alios, tum quia hæc hypotheca esset legalis, si esset; legibus autem cautum non est, quod hæc vigeant pro alijs rebus a refectione nauium, vel ædium; alij verò affirmant propter paritatem rationis, hosque allegat *Ognate loc. cit. num 68., & 69.*, qui etiam ibi iura allegat; adducit rationes, & respondet obiectis supra adductis. Nihilominus asserendum existimo, in ordine ad alia ab ædificijs nauis, & domus, hanc tacitam hypothecam propriè non esse propter allegatas rationes pro prima opinione; non negauerim tamen sic mutuantem habere priuilegium in personali actione, vt scilicet in dictis rebus præferatur alijs creditoribus non priuilegiatis prætendentibus solum personalem iuxta textum *in l. quod quis, & ibi Glos. ff. de priuil. credit., Bartol. in d. l. interdum, ff. qui pot. in pig. hab., Baldus in l. quamuis ex ea C. de pignor., & in l. licet C. qui pot. in pig. hab.*, & iuxta hunc sensum explicanda sunt, si quæ ex *Ognate loc. cit., & ex Mantica de tacit. lib. 11. tit. 23. n. 1.* afferantur.

Hæc hypotheca nō habet locum in alijs rebus a refectione nauis, & ædis.

19 Inducitur septimò, ex speciali iure municipali Mediol. *in Nouis. constit. lib. 5. sub tit. de officio Abbatis, & Consulis Mercatorum vers. quotiescunque requisitus in fin.*, in bonis campsuarij, seu bancherij pro literis cambij realis, prout latè diximus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambijs 2. disqu. 3 §. 5., & seqq.*, vbi omnes conditiones, & qualitates talis hypothecę fuerunt examinatæ, quæ omnia tu ibi recole.

Inducitur pro literis formalibus cābij ex vi cōstitut. Mediol.

In pluribus, & longè pluribus huiusmodi hypotheca, tum ex dispositione iurium municipalium, tum iuris communis inducta est, sed quia ex vna parte nimis arduum esset, & laboriosum singula statuta locorum, Ciuitatum, Prouinciarum, & Regnorum recolere, quæ in diuersis diuersa sunt, & ex alia singula, quæ iuris communis sunt, recensere, esset prænotionem in infinitum protrahere, ideò omissis, quæ iuris municipalis sunt, ijsque, quæ ad ius commune pertinent reseruatis in sequentibus prænotionibus examinandis ad alia proposita me confero.

Assertio II. Hypotheca tacita non solum est transmissibilis ad quemcunque hæredem, quantumuis extraneum, sed etiam ad quemcunque cessionarium. In hanc assertionem propendet *Negusantius de pignor. membr 4. 2. partis, Bartolus in l. 1. in primo priuilegio, ff. solut. matrim., vbi allegat textum in §. fuerat ad fin. instit. de action.* Ratio autem huius assertionis ex eo deducitur, quia omnia iura realia, quæ erant apud creditorem defunctum, transeunt in ipsius hæredem, cum hic rapresentet personam illius tam quoad iura, quam quoad onera realia, vt sunt vulgata iura; ius autem hypothecæ est ius reale in re, non personale, & in persona. Ratio autem secundæ partis, quod scilicet transeat etiam in quemcunque cessionarium, ex eo euincitur, quod quidquid est transferibile ad hæredem, est etiam cessibile, *Baldus in l. 1. C. de priuil. dot.*, vndè congruentèr ad hæc principia docent communitèr iuris interpretes, quod facta simplici cessione de dote per mulierem consequentèr transferatur ipsa tacita hypotheca, tanquam pedissequa actionis dotalis, licet de hypotheca in cessione nihil fuerit expressum *l. emptor nominis, & l. venditor actionis ff. de hære ad art. vend., Baldus in l. 1. in 4. col. in verb. quærunt Doctores de pulcherrima quæst. C. de priuil. doti, Salicetus in l. si insolutum C. de act., & oblig., Alexander in l. si verò in princip ff. solut. matrim.*, & licet hæc iura, & DD. auctoritates videantur potissimum procedere de hypotheca ex causa dotis, quatenus hæc sit transferibilis, & cessibilis, non videò tamen, cur procedere non debeant in alijs causis, in quibus ex dispositione iuris est affixa tacita hypotheca, cum non

Ius hypothecæ est ius reale, non personale.

non sit assignabilis disparitatis ratio.

21 Assertio III. Hypotheca tacita inducta à iure regularitèr eosdem habet effectus, quos habet expressa inducta ex partium conuentione simplicitèr, *Romanus conf.147. verf. nihilominus*, *Alexander conf.58.n.3. lib.7.*, *Coaruuias in pract. cap.29. num.4.*, *Mantica de tac. lib.21.tit.11.num.9.*, *Ognate d.tract.20. disp.57.sect.1. num.5.*

Non differunt hypotheca tacita, & expressa, nisi secūdū modū.

Ratio ex eo deduci potest, quia huiusmodi hypothecæ non differunt, nisi secundum modum, quo inducuntur, tacitæ scilicet per dispositionem iuris, expresşę verò per partium conuentiones, cæterum quoad effectum, tam iura, quam homines idem intendunt, nempè securitatem eius, in cuius fauorem inducuntur, nec aliquid quoad hoc diuersum reperitur dispositum, vndè quoad hoc valet regula, quod taciti, & expressi eadem sit ratio, & iudicium *l. cum quid ff. si cert. pet.*, *l. qui ad certum ff. locati*, *Ioannes Cephal. conf. 271. num. 87. vol. 2.* eademque virtus *d.l. cum quid ff. si cert. pet.*, & tacitum tantum operatur, quantum expressum, *Bartol. in l.2. verf. vlteriùs dicitur hic*, *& Doctores*, *ff. si cert. petat.*, *Alexander in l. quidquid adstringendæ in prima col. in fin. verf. op. de. ff. de verb. oblig.*

Non habet locū quoad hypothecam tacitam pro dote.

Dixi, *regularitèr*, quia in primis, vt plurimi senserunt, habens hypothecam tacitam non habet priuilegium prælationis respectu aliorum habentium expressam, quod præcipuè deducebant *ex l. assiduis*, *C. qui pot. in pign. hab.*, sed ex illo textu solum euincitur, quod vxores in dotibus cæteris omnibus creditoribus anterioribus præferantur, & hoc ex speciali priuilegio respiciente indemnitatem ipsarum, vt legitur in dicto textu, nec hoc extendendum est ad alia non expressa, cum priuilegia sint strictissimi iuris, & non amplianda. Cæterum in rigore non video, cur habens hypothecam tacitam priorem non sit præferendus posteriori habenti hypothecam expressam, vt benè notauit *Parif. conf.80. nu. 37. lib.1.*, vbi expresſè asserit, quod licet tacita sit, non sit tamen deterioris conditionis, quam sit expressa, maximè quoad anterioritatem, & prioritatem, cum non minorem vim habeat ius, ac hominum dispositio *l.1. C. rem alien. geren.*, & traditur *in reg., qui prior de reg. iur. in 6. cum alijs allegatis* per Modernum *in tract. de pign., & hyp. in 2. part. memb. 4. fol. 25. num. 107.*, *& seq.*, *& in part. 5. memb. 1. fol. 31. col. 4. num. 23.*, quod idem expresse asserit *Hugo Donellus in sua tract. de pignor. sub tit. qui potiores in pigno. habeantur* ex textu *in l. creditor in princip. C. qui pot. in pig. hab.*, *& in l. 3. de distract. pign.*, quod generalitèr, & sine distinctione ius ità conceptum est, cum iure potiorem esse, qui priùs hypothecam

Extenditur quoad alias hypothecas tacitas.

accepérit, & postea subdit. *Quare nihil interest, conuenerit ne de pignore inter debitorem creditorem, an pignus auctoritate, ac iussu Magistratuum occupatum fuerit, vel ex causa iudicati captum, an lege res pignori esse cæperit.*

Vlteriùs aliqui asserunt, diuersum esse in hoc iudicium inter hypothecam tacitam, & expressam, quod res expresşę hypothecæ subiectæ alienari non possint, ita vt eam obligationem realem, quam habeant, amittant, sed semper transeunt cum illo onere, seu iure reali in fauorem creditoris; res verò, quæ tacitè solum sunt hypothecatæ eo ipso, quod alienantur, desinunt esse hypothecæ subiectæ; atque ità sentire videtur *Ognate d. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 17.*, qui ad hoc firmandum allegat textum *in l. cum tabernam 34. ff. de pign.*, citatque pro hoc Doctores; Sed meminisse debuisset *Ognate* eorum, quæ docuit *dict. tract. 20 disp 57. sect. 7. n. 90.*, nempè hypothecam pro legatis, quę vtique tacita est, competere etiam contra tertium possessorem bonorum testatoris, quę ab eisdem hæredibus in eundem transierint. Certè, si hęc bona ab hæredibus in eundem tertium possessorem transierunt, præsupponuntur ab eodem hærede alienata, & tamen per ipsum adhuc viget hypotheca. Quamobrem ad summum ea verificari existimo quoad aliqua mobilia ex genere suo de facili distrahibilia, cuiusmodi sunt pecunia, & alia, quæ conseruari non assueuerunt, quæque nata sunt ad commercium, atque in hoc sensu præcise intelligenda sunt iura allegata ab Ognate, & alia similia, si allegentur, non enim probabile est, quod ius, quod hypothecam in omnibus bonis constituit, voluerit ità debitorem grauare, vt de nullis suis bonis posset disponere. Sed hæc intelligenda sunt de quacunque hypotheca generali, siue fuerit tacita, siue expressa.

22 Neque etiā alienari, siue hypothecari tacitè, siue expresſè.

Excipe tamen quoad aliqua mobilia.

23 Vlteriùs alij asserunt, diuersum esse iudicium in hypotheca tacita, & expressa fundatum in eo, quod præcipuè in casu dotis hypotheca expressa incipiat à die promissionis eiusdem factæ pro tempore contractus matrimonialis, & quantumuis postea tradatur, retrotrahatur ad illud tempus *Bartolus in l. 1.*, *ff. qui pot. in pign. hab.*, *Negusantius d. memb. 4. part. 2. n. 79.* hypotheca verò tacita non incipiat, nisi à die, qua actu traditur, nec retrotrahatur ad tempus promissionis, *Glos. in d. l. assiduis C. qui pot. in pign. hab.*, pro quo allegat textum *in l. pen. §. iura*, *C. de donat. ante nup.*, *& l. hac edictali*, *§. omnibus C. de secundis nupt.*, *& in l. cum oportet in fin. C. de bon., quæ lib.* Nihilominùs hoc diuersum iudicium quoad hanc partem arbitror non subsistere, & ità confirmant *Iacobus de Aret.*

Aret., quam sequitur *Bartolus in dict. l. qui assiduis C. qui pot. in pign. habeant, Bartolus in l. 2. §. fin. ff. de priuil. credit.*, rationemque inprimis adducit *Salicetus in d. l. assiduis in princip. quaest.*, quia in ambiguis doti est fauendum *l. in ambiguis ff. de iur. dot.*, ambiguum autem videtur, quod hypotheca incipiat à die dotis datæ, vel promissæ, cum sit diuersitas opinionum *l. leges C. de legibus*, ergo fauendum est opinioni asserenti incipere à die dotis promissæ vtpotè magis fauorabili ipsi doti. Deindè *Negusantius dict. memb. 4. part. 2. num. 80.* ponderando verba in textu *in l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.* considerat, quod ibi fit mentio non solum de actuali traditione, sed etiam de promissione. Ibi - *dederint, vel promiserint, vel susceperint*. Rursus in fine *detur, vel promittatur, vel suscipiatur*, & in eodem textu inducitur hypotheca, ex quo eruitur, quod non solum in datione dotis resultet tacita hypotheca, sed etiam ex promissione eiusdem in contractu matrimoniali inito, & vlteriùs deducitur, quod, si in celebratione contractus fuerit promissa dos, & non tradita, nisi post annum, & interim maritus inter tempus promissionis, & traditionis contraxerit alia debita cum hypotheca, præferenda sit vxor in bonis mariti pro sua dote alijs, qui interim contraxerunt cum eodem marito, quia, cum incipiat hypotheca ipsius à die dotis promissæ, iam ipsa prior est in tempore, adeoque etiam potior in iure.

Hypotheca tacita dotis in promissione præferenda est.

24 Assertio IV. Hypotheca tacita non solum comprehendit bona præsentia debitoris, sed etiam futura, quinimmò etiam, & nomina debitorum. *Baldus in l. 1. col. pen. ff. sol. matrim., & in l. hac edictali §. omnibus post Cin. ibi, C. de secundis nupt., & in l. vbi adhuc ad fin. C. de iur. dot., Salic. in l. fin. C., quæ res pign. obligar. possint, Roman. in sing. 146. cart. 5., Negusant. de pign. memb. 4. 2. partis num. 165., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 11. num. 13. vers. quintò admonendi sumus, Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 7.*

Ratio ex eo deduci potest, quia hypotheca tacita concepta à iure sine vlla limitatione eandem vim habet, ac generalis expressa per ea, quæ dicta sunt ex allegatis iuribus in præcedenti assertione; cum in alio non differant, nisi in eo, quod illa inducta est à iure, hæc verò ex partium conuentione, sed hypotheca generalis expressa per superiùs dicta extenditur non solum ad bona debitoris præsentia, sed etiam ad bona futura, quinimmò, & ad nomina debitorum per ea, quæ habentur *in l. vlt. C. quæ res pig. oblig. poss., Baldus in l. 1. ff. solut. matrim., Roman. sing. 146. per l. hac edictali, §. omnibus, C. de secundis nupt.*, ergo &c.

Idem ius de hypotheca tacita, ac de expressa generali.

Hic controuertendum occurrit, an limitationes, quæ fuerunt superius adductæ pro generali expressa hypotheca ex vi textus *in l. obligatione generali, ff. de pignoribus cum duobus ll. seqq.* intelligendæ etiam sint pro tacita hypotheca, adeò vt in ipsa non veniant ea, quæ debitor non fuisset verisimilitèr concessurus, seu suppositurus in specie, nec ea, quæ ibi enumerantur. Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod in tantum in generali expressa hypotheca non veniunt mox enumerata, in quantum, cum hypotheca generalis expressa vim habeat ex partium conuentione, & consensu, non præsumitur esse ex parte obligantis consensus ad ea, ad quæ est ipsius singularis propensio, vel vrget pro eodem magna necessitas, hæc etenim est ratio finalis talis dispositionis, sed hæc ratio non militat in tacita hypotheca, ergo &c. Minor probatur, quia tacita hypotheca non habet vim à partium consensu, sed ex dispositione iuris, quod non respicit propensionem, & necessitatem obligantis, sed indemnitatem, & securitatem eius, in cuius fauorem inducitur obligatio, ergo &c. Nihilominus sentiendum existimo, easdem limitationes intelligendas esse etiam in tacita hypotheca. Ita in specie *Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 7. vers. sed planè in hac tacita Iason in §. item Seruiana num. 65., & seq. Instit. de act., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 11. num. 13. vers. verum planè, Negusantius de pignor. memb. 4. part. 2. num. 151.* 25
Ratio potissimum ex eo deducitur, quod textus *in d. l. obligatione generali, ff. de pignoribus* loquitur æquè de tacita hypotheca, ac de expressa generali, quinimmò ex eo, quod excludat ab hypotheca supellectilem, quę venit nomine inuectorum in domum locatam, quæque sub tacita hypotheca continetur, videtur potissimum loqui de tacita hypotheca; nec obesse potest obiectum in ratione dubitandi, quandoquidem, quamuis talis hypotheca legalis inducatur à iure, non per partium conuentiones; nihilominus ius ipsum est benignè interpretandum, vt non præsumatur obligare quoad ea, quę sunt necessaria modo suprà exposito ipsi debitori, & cum ius ipsum in aliquibus casibus particularibus suppleat defectum obligationis, quæ non inducitur per contrahentes, non videtur extrà extendendum ad id, ad quod obligarent ipsi contrahentes per hypothecam generalem.

Ius est benignè interpretandum.

Assertio V. Ecclesia, Ciuitas, & Pupillus non gaudent inter se hypotheca *Baldus in c. Ecclesia S. Mar. num. 4., vt lit. pendente Mantica de tacit. lib. 11. tit. 12. nu 4., Ognate dict. tract. 20. disp 57. sect. 1. num. 10.* Secundum triplicem sensum examinari potest assertio; Primò, an pupillus, Ciuitas, & Ecclesia quomodocunque contrahant cum quocunque, ipsius bona sibi hypothecet pro 26

cre-

Triplex sensus difficultatis assertionis suppositæ.

credito. Secundò, an, si Ecclesia, pupillus, & Ciuitas aliquid alteri mutuent pro aliquo emendo, rem emptam sibi obligent pro pecunia mutuata. Tertiò, an pupillus aliquid mutuans Ecclesiæ, vel Ecclesia pupillo, vel Ciuitas Ecclesiæ, & pupillo mutuatarios obligent hypothecariè. Assertio procedit potissimum quoad primum sensum, iuxtà quem sic

Nullibi in iure expressũ est, quod pro credito pupilli sit affixa hypotheca in bonis debitoris

Probatur assertio, quia nullibi in iure reperitur dispositum, quod pro quocunque credito pupilli, Ecclesiæ, seu Ciuitatis sit affixa hypotheca in bonis debitoris, ergo, si ex speciali conuentione, seu expressa non fuerit inducta hypotheca, quoad ipsos non erit, cur dici debeat tacitè imposita. Antecedens probatur, quia in primis non potest adduci textus *in l. idemque, ff. qui pot. in pign. hab.*, quia talis textus ad summum intelligitur de hypotheca constituta in re empta ex pecunia pupillari, de qua erit sermo infrà vberior; nec item textus *in l. quod quis, ff. de priuil. cred.*, quandoquidem ibi solummodò est sermo, quod mutuans habeat priuilegium in personali actione quoad rem emptam ex pecunia mutuata aduersus alios creditores non priuilegiatos prætendentes solum personalem *Baldus in l. quamuis ex ea C. de pignor., & in l. licet C. qui pot. in pig. hab., Salicet. in auth. quo iure num. 29. ead. tit.*

Quibus sic probatis quoad primum sensum examinanda remanet difficultas quoad alios duos sensus expositos, & quidem in ordine ad primum sensum de re empta ex pecunia pupilli eandem remanere obligatam eidem pupillo cũ prælatione etiam respectu quorumcunque creditorum anteriorum, habetur expresse in textu *in l. idemque, ff. qui pot. in pign. hab.*, quod explicat *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 163.*

Res empta pecunia pupilli remanet eidem pupillo obligata.

de re empta pecunia pupillari per alium à Tutore, quia tunc res illa non efficitur pupilli, sed solum in ea acquiritur ei tacita hypotheca; nam si res illa esset empta ex pecunia pupilli per Tutorem, tunc posset pupillus velle rem illam tanquam suam, vel velle, sibi pecuniam solutam pro illius acquisitione restitui, & interim, donec fiat restitutio, obligatam illam tacitè habere; quod verum existimo, si pecunia illa fuerit mutuata expresse ad rem illam determinatè habendam, seu acquirendam, nam, si esset simplicitèr mutuata sine ordine ad rem determinatè acquirendam, sed ad beneplacitum mutuatarij pro quocunque ipsius negotio, tunc iuxta superiùs dicta in probatione assertionis crediderim rei illi non esse annexam hypothecam, quod optimè notauit *Glosa in d. l. idemque verb. res fuerit circà medium, ff. qui pot. in pig. hab.* Idem, quod dicitur de acquisitis per pecuniam pupilli, intelligendum est etiam de pecunia militis, prout expresse habetur *l. si vt proponis C. de rei vendic., & l. 2. ff. de donat. inter vir., & vxor., Glos. in l. quamuis, ff. de pign., Salicet. in l. licet in 1., & 2. oppos. C. qui pot. in pign. hab.*, & hoc ob speciale priuilegium militis. Sed, an hæc tacita hypotheca extendatur etiam ad bona acquisita ex pecunia mutuata per Ecclesiam, seu Ciuitatem, dissidium est inter Doctores, nam aliqui contendunt hoc priuilegium esse speciale in pupillo, & milite, nec propterea esse extendendum, alij verò ex paritate rationis extendunt, potissimum cum in similibus soleat per Doctores communitèr fieri extensio, vt videre est *in l. vnica C. quandò Imperator inter pupil., & viduam*; vbi Doctores priuilegium concessum pupillo, vt causæ eius cognoscantur per Principem, ampliant ad Ecclesias, Monasteria, & alia, & in alijs similibus, quandoquidem Ecclesiæ, & communitates reputantur pro pupillis, quod vtique non improbabile censeo, cum illud ius *in l. idemque* non stet restrictiuè, nec priuatiuè quoad alios.

Idem dic de re empta pecunijs militis.

Idem dic de acquisitis ex pecunia Ciuitatis, & Ecclesiæ.

In ordine tandem ad bona pupillorum, Communitatum, & Ecclesiarum ad inuicem contrahentium, an scilicet sint sibi ad inuicem hypothecata. Ratio dubitandi ex eo videtur oriri, quod, cum tàm pupillus, quàm Ecclesia, & Ciuitas videantur eodem priuilegio gaudere, non videntur eodem ad inuicem vti, cæteroqui, quod videtur in fauorem status inductum, videretur secundum quid in ipsius odium retorqueri, quod redolet absurditatem. Nihilominus probabilius sentiendum existimo, huiusmodi bona sibi adinuicem esse, & remanere hypothecata. Ratio ex eo deducitur, quia cum gaudeant singuli ex enumeratis tali priuilegio, non est, cur ex eo, quod aduicem contrahant, debeat tale priuilegium dissolui; neque enim opponitur concessum in contractibus in ordine ad alios non priuilegiatos solummodò, sed præcisè tali statui personarum, seu communitatum, siue in ordine ad alios non priuilegiatos, siue ad priuilegiatos; priuilegium enim consistit in eo præcisè, quod alios, cum quibus contrahunt, obligent, non autem quod ipsi non obligentur, si alij æquè priuilegiati cum ipsis contrahant. 29

Priuilegiati ad inuicem obligant sibi æquè bona sua.

Assertio VI. Regularitèr loquendo, nec res vendita credito hypothecæ remanet subiecta pro pretio soluendo, nec res empta pecunia alterius remanet hypothecata pro solutione, seu restitutione eiusdem pecuniæ, *Negusant. de pign. memb. 4. part. 2. num. 163., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 12. num. 6, & 7. Ognate dict. tract. 20. disp. 57. sect. 1. num. 12., & 13., Bartolus in d. l. interdum, Baldus in l. quamuis ex ea, C. de pign., & in l. licet C. qui pot. in pign. hab., Salicetus in auth. quo iure num. 2. eod. tit.*, quibus in locis monent dicti 30

Doctores, quod mutuantes pecuniam ad merces emendas acquirant solummodò priuilegium in personali actione, vt scilicet in dictis rebus præferantur alijs creditoribus non priuilegiatis prætendentibus solam personalem.

Ratio assertionis ex eo deducitur, quia, si tale priuilegium esset omnibus commune, qui mutuant pecunias suas ad emendas merces, frustranea esset illa iuris dispositio, per quam tale priuilegium conceditur pupillis, & militibus, quandoquidem hoc priuilegium veniret sub generali iuris dispositione; quinimmò hoc priuilegium non esset singulare ratione alicuius status, quod est contrà communem scribentium opinionem. Cum igitur sit priuilegium singulare, & per consequens strictè interpretandum, firmat regulam communem in contrarium quoad alios. Hoc idem, quod dicitur de negatione hypothecæ tacitæ in re empta in ordine ad mutuantem pecunias pro illa, proportionalitèr intelligendum est de negatione eiusdem hypothecæ in re vendita habita fide de pretio soluendo in ordine ad venditorem, quia de tali hypotheca nullibi reperitur in iure dispositum, quinimmò, cum plerumque soleant contrahentes in venditione rerum suarum habita fide de pretio sibi expresè hypothecam constituere in rebus venditis, donec pretium soluatur, ex directo euincitur, quod tacitè illa hypotheca ex iuris dispositione non fuerit inducta, cæteroqui superflua foret talis hypothecæ expressa reseruatio facta expressè, & specialitèr per contrahentes, vt per se patet.

Ratio, ob quam asseritur hypotheca non induci.

PRÆNOTIO V.

De tacita hypotheca pro bonis dotalibus.

SVMMARIVM.

Variæ rationes dubitandi. 1.

Competit tacita hypotheca pro dote ex vtroque latere. 2.

Etiam si dos fuerit tradita ab vxore, siue ab alio pro ea. 3.

Eadem hypotheca habet etiam locum in dotibus euictis. 4.

Dotans tenetur de euictione, si dotatio incipiat à promissione, secus verò, si incipiat à traditione, & quare. 5.

Hac hypotheca locum etiam habet quoad dotem putatiuam in fauorem mulieris, quæ nupsit bona fide, licet inualidè. 6.

Dos præcisè confessata non habet priuilegium tacitæ hypothecæ in bonis mariti in ijs omnibus casibus, in quibus non præsumitur numeratio, secus in ijs, in quibus præsumitur. 7.

Hypotheca pro dote incipit à die promissionis, & contractus dotalis. 8.

Priuilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis post promissionem dotis factam à Patre pro filia sponso de futuro competit eidem filiæ aduersus bona Patris, quantumuis matrimonium non fuerit secutum, vel ob mortem sponsi, vel ob aliam causam. 9.

Item eidem Sponsæ aduersus bona sponsi, si dos sponso tradita fuerit intuitu matrimonij contrahendi, quamuis hoc secutum non fuerit. Ibidem.

Regularitèr loquendo tacita hypotheca inducta pro dote non competit extraneo, qui dotem dedit pro muliere, & stipulatus est, sibi reddi dissoluto matrimonio in ordine ad bona mariti, vel eius, qui restituere debet dotem. 10.

Nec item competit Patri pro restitutione dotis datæ marito, si agat nomine proprio. Ibidem.

Extraneus non habet priuilegium prælationis respectu creditorum mariti anteriorum concessum mulieri. 11.

Et multò minus, si dotem tradiderit pro muliere hæretica. 12.

Mulier Iudæa non priuatur priuilegio hypothecæ. 13.

Extraneus agens ad restitutionem dotis ob mortem mariti gaudet hoc priuilegio. 14.

Extraneus gaudet priuilegio hypothecæ, & prælationis, si de hoc expressè in solutione dotis conuenerit cum marito. 15.

Pater non gaudet priuilegio hypothecæ, quantumuis ab initio stipulatus fuisset in casu dissoluti matrimonij, sibi reddi dotem solutam. 16.

Nec item in casu, quo dos, seu actio dotis sit in ipsius dotantis bonis consolidata ab filiæ obitum. 17.

Gaudet tamen in hypothesi, quæ per mortem mariti, vel alia quacunque causa dissoluto matrimonio ageret ad dotem repetendam à marito, vel eius hæredibus nomine filiæ, & vt administrator eiusdem. 18.

Item in casu, quo præmortuo marito, & superstite filia per ipsum dotata ageret nomine proprio ad eandem repetendam ab hæredibus mariti. 19.

Priuilegium tacitæ hypothecæ competit etiam mulieri pro proprio augmento dotis, siue hoc factum fuerit per eandem mulierem marito, siue à Patre eiusdem, siue ab alio extraneo, siue à marito in fauorem eiusdem. 20.

Augmentum dotis factum à marito futuræ vxori ea adiecta conditione, vt tantum valent talis collatio augmenti, quando verò contractum fuerit matrimonium, non tenet, sed adhuc celebrato matrimonio potest reuocari. 21.

Augmentum dotis factum à marito vxori constituto iam matrimonio non tenet. 22.

Aug.

mutui præstiti ad reficiendam domum, nauim, aliaque ædificia. 50.

Mulier habens hypothecam tacitam ratione dotis non habet prælationem aduersus mutuatam pecuniā ad emendam militiam. 51.

Nec item præferenda est in causa primipili. 52.

Quid veniat nomine primipili. 53.

Expensæ funeris præferendę sunt cuicunque alteri credito habenti tacitam hypothecam anteriorem. 54.

Procedit, tam quoad expensas funeris moderatas, quam quoad necessarias in vltima infirmitate. 55.

Expensæ funeris præferuntur etiam tacitæ hypothecæ dotis. 56.

Expensæ moderatæ funeris præualent cuicunque hypothecæ anteriori expressæ etiam dotis. 57.

Priuilegium prælationis concessum mulieribus quoad suas dotes non competit secundum se vni mulieri aduersus alteram in bonis mariti, sed datur locus prioritati, & posterioritati. 58.

Si res secundæ vxoris in indiuiduo adhuc existant, mulier secunda, quantumuis tempore posterior, in ordine ad illas præferenda est primæ. 59.

Si res secundæ vxoris adhuc maneant, & tradita fuerint inæstimata potest eadem secunda vxor agere ad easdem repetendas rei vendicatione, si verò traditæ fuerint æstimatæ, actione hypothecaria. 60.

Mulier, quæ marito tradidit rem æstimatam, si hæc in valore creuerit, non est præferenda quoad excessum, quem res illa acquisiuit. 61.

Si duæ vxores peterent ex eadem substantia suas dotes, sed vna actione de dote, altera actione ex testamento, præferenda esset, quæ peteret actione ex dote. 62.

Priuilegium prælationis non competit marito in bonis mulieris, vel alterius promissoris dotis ad eiusdem dotis exactionem, quamuis pro eadem eidem competat tacita hypotheca. 63.

Ratio, ob quam huiusmodi priuilegium restringitur ad vxores, & earum filios, non verò ad maritum. 64.

Priuilegium prælationis non competit marito in pœna adiectæ promissioni dotis. 65.

Non extante in bonis mariti quantitate sufficiente pro dotis restitutione dissoluto matrimonio potest mulier agere aduersus bona immobilia, quæ constante adhuc matrimonio fuerunt, per maritum alienata. 66.

Hypotheca regularitèr non potest intentari aduersus tertios possessores, si principalis debitor sit soluendo. 67.

Etiam non extante quantitate sufficienti ad solutionem dotis potest vxor agere aduersus eum, in quem maritus alienauit quoad bona mobilia in ipsum translata, & pecuniam datam in solutum, si adhuc illa extent, actione hypothecaria. 68.

Si res creditori posteriori tradita non extet, quia dolo eius desijt, potest vxor eundem conuenire. 69.

Si verò desijt, quia creditor bona fide consumpsit, adhuc vxor auocare potest pecuniam solutam à secundo creditore, cui fuit soluta, & ab eodem bona fide consumpta. 70.

Limita quoad pecuniam per maritum solutam in rebus ad quotidianum vsum necessarijs. 71

In hypothesi, qua vir condemnatus fuerit in fauorem creditorum, & agatur in executione sententię, potest vxor sibi subuenire, suæque doti comparendo coram Iudice, & opponendo, ne fiat executio. 72.

Incipiente marito facultatibus labi, potest vxor iustè exigere, vt bona vtiliora, & pretiosiora mariti sibi consignentur, vel transferantur ad manus mercatoris ad securam negotiationem. 73.

Vxor potest renuntiare suæ expressę hypothecæ, quam habet in bonis mariti, firma tamen manente hypotheca tacita generali inducta à iure. 74.

Vxor non potest generalitèr renuntiare hypothecæ legali tacitæ in bonis mariti, ità vt nulla bona eiusdem sibi remaneant obligata. 75.

Mulier potest renuntiare tacitæ hypothecæ legali, & priuilegio prælationis quoad aliqua bona mariti, si tot alia bona apud maritum maneant, quæ sufficiant ad dotis solutionem. 76.

Si tempore renuntiationis extiterint alia bona sufficientia penes maritum, quæ postea fuerint diminuta, tunc non obstante cessione vxor posset agere hypothecaria contrà tertios possessores. 77.

Mulier renuntians hypothecæ, si iuramentum addiderit non contraueniendi renuntiationi, probabilius non potest venire contrà talem renuntiationem, si extent bona vltra illa, quibus renuntiat, quibus saltem in maiori parte possit satisfieri, secus autem, si nulla bona extarent. 78.

Quæ dicta sunt de renuntiatione extantibus alijs bonis, ęque verificantur de renuntiatione expressa, ac de tacita. 79.

Non minus bona mulieris minoris immobilia, intelligitur tacitè hypothecata pro solutione dotis, quando mobilia non extant, ac hypothecata remaneant bona mariti minoris immobilia pro restitutione dotis, quantumuis promiserit, & receperit sine auctoritate Tutoris, seu Curatoris. 80.

Probabilius bona fideiussorum accedentium pro vxore, seu eius Patre, qui dotem promiserunt, sunt tacitè hypothecata pro securitate eiusdem dotis. 81.

Maritus, si ab vxore, vel eius hæredibus soluto Matrimonio conueniatur actione pro dote habet

habet priuilegium, vt non possit condemnari, nisi quantum facere potest. 82.
Hoc priuilegium extenditur etiam ad hæredes vxoris. 83.
Maritus potest se tueri tali priuilegio aduersus Fiscum, si bona vxoris ob delictum fuerint confiscata. 84.
Etiam socer pater mariti gaudet hoc priuilegio. 85.
Maritus putatiuus non gaudet tali priuilegio. 86.
Nec item hoc priuilegium competit hæredibus mariti. 87.
Competit tamen filijs ex eodem matrimonio hæredibus ex vi alterius iuris. 88.
Si maritus viuens litem contestarit aduersus vxorem super exceptione præfati beneficij, & postea mortuus fuerit, an hæredes extranei tunc gaudere possint illo beneficio duplex sententia. 89.
Negatiua sententia præfertur. 90.
Hoc priuilegium competit marito non solum, quando conuenitur actione dotis, sed etiam ex alia causa inter ipsos coniuges. 91.
Marito competit tale priuilegium quoad contractus initos constante matrimonio, siue conuentio per mulierem aduersus eundem fiat durante, vel soluto matrimonio. 92.
Probabilius est, si contractus fuerint initi post dissolutum matrimonium, & maritus post illud conueniatur, non gaudeat dicto priuilegio. 93.
Non obstat tali priuilegio tacita hypotheca. 94.
Qualis, & quanta debeat esse inopia mariti deciditur remissiuè. 95.
Regularitèr promissor dotis, si ex necessitate tenetur dotare, conuentus à marito mulieris, vel ab eadem muliere potest excipere de hoc priuilegio. 96.
Pater vxoris, qui promisit dotem conuentus potest hoc priuilegio se tueri. 97.
Socer pater vxoris gaudet hoc priuilegio non solum, quando conuenitur ex causa dotis promissæ, sed etiam ex alia causa à dote. 98.
Mulier, quæ dotem marito promisit, si ab eodem marito conueniatur, gaudet priuilegio. 99.
Frater, qui iure sanguinis, & naturæ tenetur dotare sororem, & promisit marito sororem, gaudet priuilegio, siue conueniatur à sorore, siue à marito eiusdem. 100.

CONsultò secernimus à reliquis tacitis hypothecis hypothecas quoad dotes, & bona dotalia, quæ consurgunt in bonis mariti, tùm quia peculiares inuoluunt difficultates, quæ peculiaritèr exiguntexaminari, & non confusè cum alijs, tum quia, cum innumera ferè dubia inuoluant, in infinitum protraherent prænotionem. Quamobrem omnia ad hæc bona spectantia sub hoc titulo comprehendemus, maiori tamen, qua poterimus breuitate, & claritate secernentes etiam eundem titulum in varias sectiones. Latè de huiusmodi hypotheca agunt. *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. à num. 24. vsque ad 103., & vltrà, Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19., & seqq., Ognate dict. tract. 20. disp 57. per varias sectiones, & alij plures, Couaruuias var. resol. lib. 1. cap. 7., Petrus Barbosa in tit. ff. solut. matrimon. part 3. lib. 1., Iacobus Cancerius var. resol. par. 2. cap. 9., Amator Rodriquez in tract. de concursu credit. part. 1. artic. 1., Ioann. Angel. Bossius in tract. de dot. cap. 18. per totum.*

1 Omissis in pluribus, quæ sunt communia cæteris hypothecis tacitis, ad hæc, quæ compendiariè profero, me confero examinanda, & primò, an dos, seu dotis actio habeat annexam tacitam hypothecam in bonis mariti recipientis dotem, & in bonis mulieris, seu alterius promittentis dotem. Secundò, an alijs præter vxorem, & maritum competat hoc priuilegium tacitæ hypothecæ pro fauore dotis. Tertiò, an dictum priuilegium tacitæ hypothecæ competat solummodò mulieri pro dote, an verò etiam pro augmento dotis, & an pro alijs, & quibus. Quartò, an hypotheca tacita, quæ fuit inducta à iure pro dote, habeat priuilegium prælationis in ordine ad omnia bona mariti pro consequenda restitutione dotis, item, an sit anterior hypothecæ creditorum mariti, item an, & quando sit præferenda Fisco. Quintò, an dos sit præferenda impensis funeris mariti. Sextò, an inter duas mulieres eiusdem mariti vxores, eorumque filios detur priuilegium prælationis. Septimò, an priuilegium prælationis pro dote competat solum mulieri, an verò etiam eius hæredibus, alijsque personis. Octauò, quomodo succurratur mulieri, quandò maritus tradidit alteri creditori res, seu bona, in quibus vxor habeat tacitam hypothecam. Nonò, quomodo maritus possit sibi consulere, & vxori, quando ære alieno grauatus constante matrimonio timet insultum a creditoribus. Decimò, an mulier possit in fauorem mariti renuntiare hypothecæ, & priuilegio prælationis, & his similia.

Variæ rationes dubitandi.

SECTIO I.

An, & quomodo competat hypotheca pro dote.

1 ASsertio I. Competit tacita hypotheca pro dote, & eius actione ex vtroque latere, hoc est, tam in bonis mariti pro ea recepta, & pro restitutione eiusdem, quam in bonis vxoris pro ea promissa, & non data pro traditione eiusdem. Ità *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 25., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 19. num. 1., Gomez ad*

l. 50.

l. 50. Tauri nu 37. verf. item etiam, Surdus de alimentis tit. 8. priuil. 50. num. 3., Molina disp. 423., Suarez de Paz in sua praxi tom. 3. cap. 6. §. 12. num. 8.

3 Clarè deducitur hæc assertio *ex l. vnica §., & vt plenius C. de rei vxor. act., & §. fuerat Instit. de action.*, & quidem *ex d. l. vnica, §. & vt plenius C. de rei vxor. act.* non solum expresse euincitur, quod hypotheca consurgat ex vtroque latere modo, quo supra, quando dos est tradita marito pro restitutione eiusdem, & quando est promissa, & non tradita pro ipsa tradenda, sed etiam quod cōsurgat aduersus bona mariti, quantumuis dos fuerit data, vel promissa per alios ab eadem vxore pro ea, & etiam ex aduerso, quantumuis dos fuerit accepta per alios a marito, & item consurgit, siue dos fuerit aduentitia, siue profectitia, & item, siue fuerit confectum instrumentum de ea, siue non fuerit confectum.

Siue dos fuerit aduentitia, siue profectitia.

4 Hic dubitandum remanet, an etiam eadem hypotheca locum habeat in dotibus euictis. Expresse affirmat textus *in d. §. & vt plenius*, ibi, *siue ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, siue pro rebus dotalibus euictis*, quia scilicet maritus, cui scilicet res dotalis fuit euicta, habet tacitam hypothecam in bonis dotantis. Circà hanc euictionem dubitant Doctores, an dotans teneatur de euictione, siue dos incipiat à promissione rei dotalis, siue incipiat à traditione eiusdem; qua in re asserunt *Baldus in d. §. & vt plenius, Bossius de dot. cap. 17. nu. 9.*, qui ibi plures alios refert, & approbat, quod, si dotatio incipiat à promissione, tunc re euicta maritus contrà dotantem, siue sit ipsa mulier, siue eius pater, aut alius extraneus, possit agere de euictione, secus verò si dotatio incipiat à traditione, quod tamen intelligendum est cum nonnullis limitationibus. Si autem inquiras, cur, quando dotatio incipiat à promissione, tunc semper dotans teneatur de euictione, & pro rebus euictis in suis bonis hypothecariè remaneat obligatus, non sic semper, si incipiat à traditione, tunc respondebit in primis *Gomez var. tom. 1. cap. 2. num. 3.*, quod, quando dotatio incipit a promissione rei, & postea res tradita est, dotans per eam promissionem antecedentem contraxit obligationem ad tradendum dominium rei promissæ, id verò opere non adimpleuit, quandò tradidit rem alienam, & ex tali causa res ipsa fuit euicta; quando verò dotatio incipit à traditione nulla resultat obligatio, adeoque dotans ad aliud non tenetur, nec ex tali traditione oritur postea actio de euictione aduersus ipsum, & ipsius bona. Deindè respondebit *Gabellinus de euictione, §. 4. num. 3.*, quod dotans incipiens à traditione ideò de euictione non teneatur, quia qui à traditione incipit, habet potius animum distrahendi, quam contrahendi, & se obligandi, *§. sed hæc species Instit. quib. mod. re contrahitur, & l. sed si, ff. ad vellei.* qui verò incipit à promissione animum habet contrahendi, & se obligandi, vndè, si rem ipsam in eum, cui illam promisit, in effectu, & irreuocabilitèr non transtulit, obligationi, & promissioni suæ non rectè satisfecit, *l. vbi autem, §. fin. ff. de verb. oblig.* Dixi, *quod tamen intelligendum est, cum nonnullis limitationibus*, quas potissimum considerat *Negusantius de pignor. memb. 4. part. 2. num. 27.*, vt præcipuè procedat in extraneo, qui dotauit, & non fuit incontinenti stipulatus sibi reddi; tunc etenim iste non tenetur de euictione, quia in tali casu censetur dotem donasse mulieri *d. l. vnica, §. accedit C. de rei vxor. act.*, vndè, sicuti in donatione, quæ incipit à rei donatæ traditione, donans nec tenetur de euictione *l. 1. C. de iur. dot.* ità nec in tali dotatione, quæ sapit naturam simplicis donationis; non autem procedit in extraneo, qui incontinenti stipulatus est, sibi reddi, quia tunc non præsumitur donasse, nec in suo dotante, seu obligato ad dotandum, quia tunc non præsumitur donatio, & per consequens viget onus euictionis *l. si pro re pupilli §. 1. cum ibi notatis, ff. de euict.*

Ratio, cur dotans teneatur de euictione, quando dotatio incipit à promissione, secus verò quando incipit à traditione.

Habet potiùs animum distrahēdi, quam contrahendi.

Ad clariorem, & vberiorem notitiam expositæ assertionis placet nonnulla considerare ad ipsam pertinentia, & primò, an locum habeat dicta tacita hypotheca quo ad dotem putatiuam, quando scilicet matrimonium ex aliquo impedimento dirimente non noto tamen mulieri contrahenti nullitèr contractum est, & quoad dotem simplicitèr confessatam, cuius positio aliundè probari non possit, quam ex simplici mariti confessione. Secundò, an locum habeat in dote inter Iudæos, scilicet in dote à muliere Iudæa promissa marito Iudæo, & recepta à Iudæo, adeò vt bona vtriusque respectiuè obliget, & an in dote mulieris hæreticæ. Tertiò à quonam tempore incipiat hypotheca tacita pro dote, an à die promissionis, an à die traditionis.

Nōnullæ rationes dubitādi exponuntur.

Quoad dotem putatiuam, quandò matrimonium initum est bona fide respectu mulieris in fauorem eiusdem mulieris, inesse tacitam hypothecam cum iure prælationis respectu creditorum mariti putatiui habentium tacitam hypothecam anteriorem sentiendum est, *Gomez l. 50. Tauri num. 37. vers. 2. extende, Molina de iustitia tract. 2. disp. 438. num. 5., Ioannes Bocheius de legit. nupt. lib. 3. num. 14., Vusembeccius in pandectas digest. lib. 23. tit. 3. de iur. dot. n. 2., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. nu. 104., & 105., Rolandus à Valle de lucro dotis q. 97. num. 2.*, & alij plures apud *Io: Angelum Bossium tract. de dote cap. 2. num. 124.* Fundamentum huius asserti desumitur ex *l. si spon-* 6

sa,

sa, ff. de iur. dot., *& ex l. si cum dotem 23.*, *§. vlt. ff. sol. matrim.*, *& l. 3. C. eod.*, ex quo tenet expresè *Glos. in l. 2 § fin., ff. de priuil. credit.*, hocque ea ratione, quia expedit bono Reipublicæ, ne ex errore mulier indotata remaneat, & publicæ vtilitati expedit, vt mulier faciliùs virum inueniat. Dixi, *respectu mulieris, & in fauorem eiusdem mulieris*, nam respectu viri, & in fauorem eiusdem, si dos esset putatiua, & ipse maritus putatiuus, non de facili concederem hoc priuilegium tacitæ hypothecæ cum prælationis iure, quandoquidem non militat eadem ratio respectu viri putatiui, ac respectu mulieris, vt notant *Rolandus de lucro dotis quæst. 97.*, *Thanutius de lucro dotis glos. 3. num. 12.*, *& 19.*, *Menochius consf. 499. num. 7.*, non enim ipse dicitur indotatus remanere, ex quibus nonnulla inferunt Doctores, & primò, quod non habeat priuilegium, ne conueniatur suprà id, quod facere potest, *Baldus Nouellus part. 11. num. 28.*, *Tiraquel. post leg. connub. glos. 8. num. 235.*, *Gomez ad l. 50., Tauri num. 56.*, *Fachineus controu. iur. lib. 10. c. 30.* Secundò, quod stante pacto, vel statuto, quod præmortua vxore lucretur dotem, maritus putatiuus non gaudeat priuilegio talis pacti, vel statuti *Baldus Nouellus dict. part. 11. num. 29.*, *Rolandus de lucro dotis dict. quæst. 97.*, *Menoch. dict. consf. 499.*, *Tiraquel. d. glos. 8. num. 237.* Tertiò, quod maritus putatiuus non gaudeat dilatione legali concessa vero marito pro restitutione dotis, *Gomez, Fachineus loc. cit.*, *Baldus Nouellus ibid. num. 27.*, *Tiraquel. num. 239.* In vniuersum non gaudet maritus putatiuus alijs priuilegijs, quoad bona dotalia concessa veris maritis.

Locum habet etiam in dote putatiua.

Non militat eadē ratio de viro putatiuo.

7 Quoad dotem præcisè confessatam lata erit disputatio in subsequentibus. Hic nunc breuiter asserere sufficiat, dotem confessatam per maritum non habere priuilegium tacitæ hypothecæ, nec vim prælationis aduersus alios creditores eiusdem mariti in ijs omnibus casibus, in quibus non præsumitur vera numeratio facta, habere verò in ijs omnibus casibus, in quibus præsumitur vera, & probat numerationem contrà mariti creditores, illisque præiudicat. Ratio est, quia iuxtà primum sensum, & iuxtà prædictos casus, cum obijci possit exceptio non numerationis, transfert onus probandi in soluente, quo propterea non probante dos ex iuris præsumptione non habetur pro soluta, adeoque non habere potest priuilegia dotis solutæ; iuxtà secundum verò, cum præsumatur facta solutio, perindè se habet, ac si esset vera dos, & soluta, adeoque &c. Quomodo autem sit valida præsumptio solutionis, vel non, erit infra sermo vberimus, sicut de alijs pertinentibus ad dotem confessatam.

Exceptio non numerationis transfert onus probandi in eum, qui dicit soluisse.

8 Quoad tempus verò, quo incipiat talis tacita hypotheca, iam nonnulla suprà attigimus, iuxtà quæ etiam in præsenti concludimus, incipere a die promissionis, & contractus *Rota apud Manticam decis. 337. num. 7. vers. non obstat*, *Stephanus Gratianus tom. 1. discept. forens. cap. 53. num. 3.*, *Salangerius resolut. ciuil. cap. 100.*, *Baldus Nouellus part. 8. priuil. 23.*, *Vincent. de Franch. decis. 677.* Expresè hoc euincitur ex textu *in l. 1. ff. qui pot. in pig. hab.*, vbi sic legitur. *Non vtique solutionis obseruanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*, quod idem habetur *in l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxoriæ act.* Varias rationes afferunt Doctores huius asserti propugnatores; primò, quia dos promissa ante contractum matrimonium est vera, & realis dos, vndè ex promissione dotis dicitur mulier dotata *l. cum post mortem, §. 1., ff. de administ. tut.*, *& l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor. act.*, *& l. 1. si sub cond., ff. de dot. collat.*, *& l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit.*, *& demonst.*, vnde dicitur, quod dotis promissio, seu destinatio habeatur pro facto, & pro solutione, & omnibus dotis priuilegijs gaudeat, *Glosa, & Salicetus in d. l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor. act.*, *Angel. cons. 76.*, *Brunus de stat. exclud. fam. art. 6. quæst. 3. cas. 4.*, *Gabriel. cons. 15. nu. 43. lib. 1.*, *Gaspar Antonius Thesaur. quæst. for. lib. 2. quæst 75. num. 2.* Secundò, quia eo ipso, quod mulieri est promissa dos, vel per patrem, vel per extraneum, statim acquiritur mulieri actio, *Angelus in l. quoties, ff. solut. matrim.*, & constat ex textibus *in d. l. vnica, §. accedit C. de rei vxor. act.*, *& in l. ad exactionem, C. de dotis promissione*, sicque rem promissam, vt sit dotalis habere priuilegia dotis, docet *Paschalis de vir. patriæ potestatis c. 4. num. 95.* ex textu *in l. lex Iulia, ff. de fund. dot.*, *& Socin. in rub. num. 4., ff. solut. matrim.* Tertiò, quia in causa dotis ea sententia semper amplectanda est, quæ est eidem fauorabilior, quia vbique debet esse præcipua *l. 1. ff. solut. matrim.* Quartò ex discrimine, quod intercedit inter obligationem, quæ contrahitur sub conditione merè protestatiua, quæ se tenet ex parte debitoris, & obligationem, quæ contrahitur sub conditione causali, seu mixta, nam prima, cum dependeat à voluntate debitoris, qui poterat ante implere, non obligat, nisi ad tempus adimpletæ, seu purificatæ conditionis, secunda verò, cum non ita dependeat, quantumuis non adimpleatur conditio, nisi post tempus contractus, & tamen adimpleta per fictionem iuris obligatio retrotrahitur ad tempus eiusdem obligationis initæ sub conditione tali *Baldus Nouellus part. 3. priuil. 1. num. 37.*, *Salgadus in Labyrint. credit. part. 2. cap. 20. num. 1., & seqq.*, *Costa in tract. de retrotractione cas. 31. num. 1.*

Incipit à die promissionis.

Ex promissione dotis dicitur mulier dotata.

SEC-

SECTIO II.

Cui, seu quibus competat hæc hypotheca pro dote.

9 Assertio I. Hoc priuilegium tacitæ hypothecæ, & prælationis post promissionem dotis factam à Patre pro filia sponso de futuro competit eidem filiæ aduersus patris bona, quantumuis matrimonium non fuerit secutum, vel ob mortem sponsi, vel ob aliam legitimam causam, item competit eidem sponsæ aduersus bona sponsi, si dos sponso tradita fuerit intuitu matrimonij contrahendi, quantumuis matrimonium ob prædictas, vel similes causas non fuerit secutum. Ità quod primam partem *Paschalis de viribus patriæ potestatis cap.4. num. 35., & à num.69.ad fin., Tuschus lit.D.conclus.337.num.14.*, à quibus dissentiri non videtur *Ioannes Angelus Bossius tract.de dote c.2. num. 117.*, qui innumeros affert Doctores, & latè comprobat assertionem. Quoad secundam verò partem *Glos.in l.2.§.fin. verb.ad priuil.in fin. ff.de priuil. creditor., Parisius in l.si cum dotem, §.fin. ff.solut.matrim., Ioannes Boscheius de legit. nupt. lib.3. num.13., Paschalis de viribus patriæ potestatis part.2. cap.4.num. 99.*, à quibus etiam non dissentit idem *Bossius loc. quo suprà num. 114. vers. an contrariam sententiam*.

Dos promissa à Patre nó potest reuocari. Prima pars non solum habet fundamentum in iure *in d.l.2.§.fin. ff.de priuil.credit.*, qui tamen textus potius probat secundam partem, quam primam, ex paritate tamen rationis ad eandem primam etiam extenditur, cum in eodem dicatur, quod sponsa etiam de futuro habeat priuilegia dotis; sed etiam in ratione, quia in primis dos à Patre promissa, & constituta filiæ pro matrimonio etiam, si hoc non fuerit secutum, non potest à Patre reuocari, *Iason.in l.si extraneus num. 16., ff. de condit. ob caus., Caphal.cons.145. num.6. vol. 1., Ioannes Crotus in repet. l.si constante in secunda lectura num. 19., & seqq. ff.solut. matrim.*, cum Pater promittendo dotem filiæ, & idem constituendo, vel sponso de futuro pro filia præsumitur habere animum donandi, & donare filiæ, cuius contemplatione dotem promiserit *Menochius de præsumpt.lib.3. præsumpt. 29. num. 80., & de arbitr. lib.2. cas.88.num.39., Mascardus de probat.conclus. 572. num. 6., Camillus Borellus in summa decis. part.3. tit.4. num.54.*, atque ideò ex ea promissione adeò efficacitèr obligatur, quod eam amplius reuocare non potest, *l.fin. C. de dotis promissione*; neque ijs, quæ hic dicuntur, aduersantur ea, quæ dicta sunt supra, *in præcedenti assertione vers. hic dubitandum remanet propè finem*, vbi asseruimus, quod, si dotans fuerit Pater, vel alius obligatus dotare, tunc non præsuponatur donatio, & per consequens, quod tunc vrgeat onus euictionis; Non, inquam, aduersantur, quandoquidem ea, quæ hic dicuntur, verificantur dumtaxat in eo sensu, quo dicuntur obligare promittentem ad non reuocandum promissum, & constitutum, sicuti obligant donata, seu promissa post donationem, & promissionem, quinimmò etiam fortiùs videntur obligare ex eo, quod sic promissa sint promissa ex causa obligante; ex quibus fas erit deducere, quod, si huiusmodi dos promissa sit irreuocabilis, habeat omnia iura, & priuilegia dotis, adeoque etiam tacitam hypothecam cum prælatione. Instantia aduersus assertum, eiusque solutio.

Dices, non potest esse dos, vbi non est matrimonium, ergo non potest habere priuilegia eiusdem dotis, & præsertim retroactionem hypothecæ ad tempus promissionis. Antecedens latè probat *Bartolus in l.2. §.fin., & ibi Ripa num.21. ff. de priuil. credit., Baldus Nouellus de dote par.10.n.39., Barbosa in l.si cum dotem 23.§.fin.n.6.vers.pro concordia, Negusantius memb.4.part.2.n.71. 72., & 104., Rota apud Manticam decis.166. num. 7.*, qui etiam respondentes ad textum *in d.l.2.§. fin. ff. de priuil. credit.* à nobis adductum pro probatione nostræ assertionis dixerunt, hunc procedere solummodò in personali actione, in qua præferri habet alijs creditoribus prętendentibus solam personalem, non in hypothecaria, quinimmò *Rota allegata apud Manticam d.decis.166. num. 7.* asserit, quod tacita hypotheca concedatur solummodò actioni ex stipulatu, *l.vnica, & vt plenius C.de rei vxor. act.*, quæ certè actio ex stipulatu non competit sponsæ in præsenti hypothesi. Sed contra negandum est antecedens, quia dos non solum respicit matrimonium actuale, sed etiam possibile, & sufficit, quod sit promissa, vel constituta intuitu matrimonij futuri, vt latè probant *Glosa in l. cum post, §.1.verb.habet dotem, ff.de administ.tut., & in l. vnica, §.accedit, C. de rei vxor. act., Angelus cons.180. num.2., Ripa in rub. ff.sol. matrimon. num. 58., & ibi etiam Bolognet. num.144., & alij innumeri ibi scribentes, vt videre est apud Ioannem Angelum Bossium tract. de dot. cap.2.§.1.nu.13., Baldus in l. si Pater verbo destinatis, C. de spons. Vaconius lib.6.declarationum iuris cap.39.*, quod latè probant ex textu *in l.si pro dote, C. de dotis promissione l. ad exactionem, C. eodem tit. l.si socer, §. Lucius ff. soluto matrimonio, & alij similibus textibus*, vbi dos promissa tantum, & nondum soluta marito dicitur dos simplicitèr. Secundò *ex l.vlt.C de dotis promissione, & ex l si Pater ignorans, ff.sol.matrim., & l.si quis tutoris, C.de interdict. matrimon., & alijs similibus*, vbi dos data, & promissa non Dos respicit etiá matrimonium possibile. Dos data, & dos promissa à pari procedũt

nondum soluta, & tradita à pari procedunt, & idem ius de vtraque statuitur. Tertiò *ex l. cum post mortem*, §. 1 *ff. de administ. tut.*, *& l. 1. §. accedit, C. de rei vxor. act. l. 1 §. si sub conditione, ff. de dot. colat.*, vbi ex dotis præcisa promissione mulier dicitur dotata; ex quibus, quod dotis promissio, & eius datio, seu solutio æquiparentur, ex præallegatis textibus docent *Salicetus in l. vnica, §. accedit, C. de rei vxor, act.*, *Angelus cons. 76*, *Brun. de stat. exclud. fam. art. 6. quæst. 3. cas. 4.*, *Gabriel. cons. 15. num. 43. lib 1.*, *Gaspar. Anton. Thesaur. qq. for. lib. 2. qu. 75. num. 2.*, *Rota Rom. decis 432. apud Buratum*, nec valet responsio aduersantium *ad dict. l. 2. § fin. ff. de priuil. credit.*, quod scilicet ille procedat solummodò in actione personali, non in hypothecaria; non valet, inquam, quia allegatus textus asserit, æquum esse, hanc dotem ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum sit, & licet per ly, *ad priuilegium*, nonnulli, vt suprà, contendant referri ad personalem actionem, non autem ad hypothecariam; nihilominus ibi *Glosa cum Ioanne* videtur, & congruè adstruere hypothecariam *ex l. dabimus ff. eod.*, *& l. 1. ff. solut. matrim.*, *& l. non sine C. de bon., quę lib.*, *& l. propter C. ad leg. Iul. de adult.*, vnde docent iuxta superiùs dicta, quod dos putatiua habeat priuilegia veræ dotis, & tacitam hypothecam *l. si cum dote, §. fin. ff. sol. matrim.* Ad illud, quod subditur, quod non oriatur hypotheca tacita, nisi ex actione ex stipulatu, dicendum est, hoc fallere in causa dotis, quandoquidem ex dispositione iuris non requiritur in huiusmodi causis expressa, sed sufficit implicita, quæ ex fictione eiusdem iuris inest, seu intelligitur inesse dotibus, vt notat *Mantica de tacit. lib. 12. tit. 1. per textum in dict. l. 2. §. si sponsa, ff. de priuil. credit.*, quinimmò hæc promissio, cum sit tacita donatio, quam lex fingit ad beneficium mulieris, vt valeat, non requirit eiusdem mulieris præsentiam, & acceptationem, & ex contractu dotis inter alios celebrato mulieri absenti ius, & actio quæritur, quod vt speciale dotis asserunt *Bartolus in l. si creditores in fin. C. de pactis*, *Baldus in l. 3. §. fin. ff de negot. gestis*, *Natta cons. 253. num. 3. lib 2.*, *Aug. Barbosa collect. ad l. vnicam num. 58. C. de rei vxor. act.*, nec necesse est, quod mulier promissionem dotis, seu stipulationem contractam a Patre, & Notario ratam habeat, quia ipso iure actio ei acquiritur sine ratihabitione *l. 1. §. accedit, C. de rei vxor. act.*

In causa dotis sufficit implicita stipulatio ad hypothecam.

Eadem ratio quo ad dotem promissã contra Patrem, & quoad dotem datam contra sponsum

Secunda pars potissimum habet fundamentum in dicto textu *l. 2. §. fin. ff. de priuil. credit.*, quæ loquitur in similibus terminis. Deindè eisdem ferè rationibus euincitur, quibus prima pars; si etenim eo ipso, quod est promissa à Patre intuitu matrimonij futuri, quamuis hoc effectum non habuerit, habet rationem, & priuilegia dotis, à fortiori debet habere eadem priuilegia, quando non solum est promissa, sed etiam est data marito de futuro.

Assertio II. Regulariter loquendo tacita hypotheca inducta pro dote non competit extraneo, qui dotem dedit pro muliere, & stipulatus est sibi reddi dissoluto matrimonio in ordine ad bona mariti, vel eius, qui tenetur dotem restituere pro eiusdem dotis repetitione, nec item competit Patri pro restitutione dotis datæ marito, si agat nomine proprio. Ita quoad primam partem *Baldus Nouellus de dote part. 9. priuileg. 7. num 3*, *Negusantius de pign memb 4 part. 2. n. 67.*, *Mantica de tacit. lib 11. tit. 19. n. 47*, *Gomez ad l. 50. Tauri num 36. vers limita tamen*, *Molina de iust. tract. 2. disp. 438. n. 7.* *Augustin Barbosa collect ad d. l. vnicam n. 11. C. de rei vxor. act.* Quoad secundam *Negusantius de pign. memb 4. part. 2. num. 34.*, vbi citat *Bartolum in l. post dotem in 2. quæst. ad fin. ff. solut. matrim.*, *& ibi Angelus*, *Imola*, *& Alexander*. 10

Prima pars huius assertionis latè à Doctoribus euincitur ex eo, quod priuilegium hoc solis coniugibus inuenitur concessum, in quorum fauorem Iustinianus induxit tacitam, seu fictam stipulationem in omni contractu dotali, quinimmò etiam in omni promissione dotis, atque huic fictæ, & tacitæ stipulationi voluit inesse tacitam hypothecam, tam pro dote data marito repetenda, quam pro dote promissa, & non tradita exigenda in fauorem solummodò eorundem coniugum, quæ omnia colligunt Doctores *ex d. l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxor. act.*, *& ex l. assiduis C. qui pot. in pign. hab.*, *& §. fuerat instit. de act.*, hæc autem tacita stipulatio fauore extranei repetere contendentis dotem à marito non reperitur disposita, ergo &c.

Tacita stipulatio non est, nisi in fauorem coniugũ.

Neque obesse potest, si asseratur primò, textum *in d. l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxor. act.*, loqui generaliter, & propterea, quod ratione talis generalitatis extendat etiam hypothecam tacitam fauore extranei, qui dotem dedit, & stipulatus est sibi reddi dissoluto matrimonio, vt notauit *Iason in d. §. fuerat instit. de act. nu. 56.*, nec, si asseratur secundò, quod tale priuilegium tacitæ hypothecæ detur actioni de dote, vt notauit *Bartolus apud Negusantium dict. memb. 3. part. 2. num. 67.*, actio autem de dote competit etiam extraneo, qui dotem dedit, & stipulatus est, sibi reddi soluto matrimonio; Non, inquam, obesse potest, non primum, quia illa generalitas sumenda est secundum terminos habiles, de quibus loquitur textus, & secundum quos præsumitur mens legislatoris intendisse; cum igitur ille textus contineat priuilegium,

Priuilegium, quamuis generalitèr conceptum, est restringendum secundum subiectã materiã.

gium, & ex alio capite generalitèr loquatur ex eo, quod priuilegium contineat, est restringendus secundum subiectum materiam fauoris eius, pro quo inducitur, & cum generalitèr loquatur, ampliandus est ad quamcunque dotem ex quocunque proueniat, siue à suo dotante, siue ab extraneo, qui, si stipulatus non fuerit sibi reddi, præsumitur mulieri donasse *ex d.l.vnica §.accedit, C.de rei vxor.act.*, & per consequens mulierem in bonis mariti tacitam hypothecam pro illa acquisiuisse; Non secundum, quia non cuicumque actioni de dote competit priuilegium tacitæ hypothecæ, sed actioni dumtaxat ex stipulatu, siue expressæ ex partium conuentione, siue implicitæ ex dispositione fauorabili iuris; expressa autem in hac hypothesi non supponitur; implicita autem à iure non intelligitur inducta, nisi in fauorem coniugum, quod, cum sit speciale priuilegium, non est extendendum vlteriùs.

Actioni tantum ex stipulatu, siue explicitè, siue implicitè in causa dotis competit hypotheca.

11 Amplia hanc primam partem assertionis, vt nec extraneus habeat priuilegium prælationis respectu creditorum mariti anteriorum concessum mulieri, *Negusantius dict.memb.4.part.2. num.67., Mantica de tacit.lib.11. tit.26. num. 36., Baldus Nouellus part.12. num. 7, Petrus Barbosa ad l. 1.p.3. num.30.ff.solut. matrim.*, neque existimandum est, competere saltem prælationem in actione personali, quæ competit mulieri respectu aliorum creditorum prætendentium etiam personalem, vt dictum est etiam de multis alijs in præcedentibus, puta de mutuante pecuniam ad rem aliquam emendam, qui quoad ipsam rem emptam in personali præfertur cæteris creditoribus. Non, inquam, existimandum est, quia nullibi reperitur dispositum de hac prælatione personali respectu extranei dotantis, & intendentis repetere dotem soluto matrimonio, nec eadem est ratio de eodem in ordine ad bona mariti, ac de mutuante in ordine ad rem emptam, quandoquidem, cum res empta intelligatur ex illa pecunia mutuata, vtique tribuit iuri fundamentum tribuendi mutuanti prælationem personalem quoad alios, cum autem bona mariti non intelligantur acquisita ex dote tradita per extraneum, non confert illud fundamentum &c. Vide, quæ tradidit *Decius in d.§., & vt plenius C. de rei vxor. act.*, qui per bonas rationes respondet *Iasoni in d. §. fuerat institut. de act.*, contrarium sentienti.

Non est eadem ratio de extraneo quoad bona mariti, ac de mutuante quoad res mutuatas.

12 Amplia secundò, vt multò minus procedat de extraneo, qui dotem tradidit pro muliere hæretica, nam, præterquam quod allatæ rationes de omnibus indifferentèr procedunt, adhuc militat fortior hæc ratio, quia eidem mulieri hæreticæ non competit priuilegium dictæ tacitæ hypothecæ, *Antonius de Butr.*, *& Abbas in c. gaudemus de diuort.*, *August. Barbos. in collect. ad auth. item priuil. C. de hæreticis, Negusant. de pign. memb.4.part.2. nu.68., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 19. in fin., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c.17.§.1.n.19., & 20.* Colligitur expressè *ex dict. auth. item priuilegium, C. de hæreticis*, vbi sic legitur. *Item priuilegium, quo mulier creditoribus tempore prioribus anteponitur, nec non de tacitis hypothecis, & alia omnia mulieribus à lege data clauduntur his, quæ Catholicam non participant communionem*. Fallit tamen hæc legalis dispositio, si mulier abiurata hæresi se ad Catholicæ Ecclesiæ gremium contulerit, quia tunc participaret catholicam communionem, ex quibus deducitur ad rem nostram, quod, si hæc hypotheca non competit principali, idest dictæ mulieri, intuitu cuius hoc esset priuilegium, multò minus possit competere eiusdem accessorio, nempè extraneo, qui dotem pro ipsa contulit. Hic controuertunt Doctores, an hoc priuilegium tacitæ hypothecæ, quod dicitur ex allegato iure non competere mulieri hæreticæ, vt hæreticæ, non competat etiam Iudęæ nuptæ Iudæo. Communior est opinio, quod mulier Iudæa non priuatur hoc priuilegio, vt 13 asserunt *Negusantius*, *& Bossius loc.cit.*, eo quia allegatum ius respiciat tantum mulieres hæreticas, cum contineatur ille textus sub titulo de hæreticis, & quia magis abhominabilis fuit apud legislatores mulier, quę semel fuit fedelis, & postea declinauit à fide, quam, quæ nunquam per baptismum Fidem Catholicam suscepit. Solum aliquid difficultatis remanet in eo, quod textus absolutè, & generalitèr dicit, *his, quæ Catholicam non participant communionem*, quod æquè verificatur respectu hæreticorum, ac respectu hæbreorum, nihilominùs, licet latè concepta sint illa verba, restringenda tamen videntur secundum subiectam materiam, de qua agebatur, dum illa fuerunt prolata; ibi, autem erat sermo de hæreticis propter speciale odium, quo legislator persequebatur hæreticos; vndè etiam *Imperator in auth. de priuilegijs dotis*, statuit præcisè hæreticis mulieribus non præstanda esse talia priuilegia.

Mulieri hæreticæ non competit priuilegium tacitę hypothecæ pro dote.

Fallit, si mulier hæresim abiurauit

Mulier Iudæa gaudet hoc priuilegio.

14 Limita primò in hypothesi, qua dissolueretur matrimonium ob obitum mariti, quia tunc extraneus agendo ad restitutionem dotis marito pię tuę superstite muliere gauderet tacita hypotheca aduersus bona à marito relicta, & aduersus hęredes eius. Ita expressè docet *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap.17. num. 26.* Ratio autem ex eo deducitur, quia extraneus sic exigendo non solũ sibi consuleret, sed etiam ageret in fauorem eiusdem mulieris; cum

enim

Ageret non solù in fauorê propriû, sed etiam vxoris.

enim ipse teneatur dotare, nec ipsam indotatam relinquere contrà bonum publicum Reipublicæ exigendo eandem dotem non solum sibi prospicit, sed etiam eidem mulieri, & proindè eadem actio concedenda est, quæ concederetur eidem mulieri, scilicet hypothecaria cum prælatione.

15 Limita secundò in hypothesi, qua in dotatione facta per extraneum, & solutione eiusdem facta pro muliere marito, idem extraneus expressè conuenisset cum eodem marito, vt, si ipsa mulier præmoreretur marito, gauderet hypothecaria in bonis eiusdem mariti, & ratio ea est, quia eidem competeret actio hypothecaria ex stipulatu expresso, de qua re non potest esse dubium.

Competeret hypotheca ex stipulatu expresso.

Secunda pars assertionis habet vim potissimum *in l. quoties, ff. solut. matrim.*, & alijs iuribus allegatis per *Negusantium dict. memb.4. part. 2. num.34.*, quæ quidem iura optimo innituntur rationis fundamento, quandoquidem Pater agendo nomine proprio, præcipuè præmortua vxore non gaudet fine, ob quem inductum est priuilegium tacitæ hypothecæ cum prælatione, ne scilicet mulier indotata remaneat contrà publicum Reipublicæ bonum, cum in dato casu non posset indotata remanere, cum esset mortua, & sic illa dos transiret in merum patrimonium dotantis, sicque non esset amplius affixa illis iuribus, priuilegijs, prælationibus, quibus gaudebat, dum erat propriè, & rigorosè dos.

Non militat finis pro Patre mortua filia, qui militat pro eodem filia viuente.

16 Amplia primò, hanc secundam partem assertionis procedere etiam in casu, quo Pater ab initio stipulatus fuisset in casu dissoluti matrimonij, sibi reddi dotem solutam, qui est casus proprius *d. l. quoties, ff. solut. matrim.*, & latè tradit *Ioann. Angelus Bossius tract. de dote c. 3.*

17 Amplia secundò, procedere etiam in hypothesi, qua dos, seu actio dotis sit in eius dotantis bonis consolidata ob filiæ obitum iuxtà *not. in l. vnica, §. videamus, C. de rei vxor. act., & in l. dos à Patre, C. solut. matrimonio*, & per alia tum notata à *Negusantio d. memb 4. part. 2. num. 34.*, tum à *Io: Angelo Bossio de dote c. 17. n. 36.*

18 Limita primò in casu, quo per mortem mariti, vel alia quacunque ratione dissoluto matrimonio Pater ageret ad dotem repetendam à marito, vel eius hæredibus, vt administrator legitimus bonorum filiæ, & nomine eiusdem *Bartolus in l. post dotem, ff. solut. matrim., Negusant. memb. 4. part. 2. num. 34., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 19. num. 9., & 48., Baldus, Nouellus de dot. priuil. part. 6. priuil. 7., & part. 12. nu. 7. vers. an transeat.* Ratio autem ea est, quia, sicuti eadem mulier in data hypothesi soluto matrimonio habet actionem hypothecariam aduersus bona mariti ad repetendam suam dotem, ità non est, cur non debeat habere ipsius Pater agens nomine eiusdem, vt legitimus administrator bonorum ipsius; Deindè eadem ratio, quæ supra probauit extraneum agentem nomine fœminæ per se ipsum dotatæ habere hypothecam tacitam in bonis mariti, etiam, quinimmò efficacius probat eandem habere Patrem agentem nomine eiusdem filiæ.

Secus, si ageret nomine filiæ.

19 Limita secundò in casu, quo etiam Pater præmortuo marito superstite etiam filia per ipsum dotata ageret nomine proprio ad eandem dotem ab hæredibus mariti repetendam; tunc enim etiam haberet tacitam hypothecam in bonis eiusdem mariti, quantumuis ageret in virtute stipulationis positæ in initio, vt dissoluto matrimonio dos sibi restitueretur, quidquid in contrarium senserint, *Negusantius d. memb. 4. par. 2. num. 35., & Mantica d. lib. 11. tit. 26. num. 35.* Ratio est, quia in eo casu Pater tenetur dotem recuperatam filiæ sine diminutione conseruare, & illam secundò nubenti dare *auth. sed quamuis, C. de rei vxor. actio*, sicque recuperando non solum agit negotium proprium, sed etiam consulit bono eiusdem filiæ; cum igitur in fauorem eiusdem mulieris inductum sit priuilegium tacitæ hypothecæ, non est, cur non sit etiam concedendum Patri in data hypothesi, qui quamuis agat nomine proprio ex vi præcedentis stipulationis, tamen sic agendo etiam fauet eidem mulieri, &, sicuti contrà eundem Patrem post recuperatam à marito dotem eadem filia habet tacitam hypothecam, ità non est, cur in recuperatione ipse Pater non habuerit talem hypothecam in bonis mariti; Neque obesse possunt ea, quæ afferunt *Negusantius loc. cit., & Mantica d. tit. 19. num. 9., & tit. 26. num. 35.*, nempè dotem per Patrem etiam viuente filia nomine proprio, & vigore stipulationis exactam effici eiusdem Patris patrimonium proprium, & licet teneatur eam filiæ conseruare, præsentem tamen statum non tendere ad illud, maximè cum posset contingere, quod filia non transiret ad secunda vota; Non, inquam, obesse possunt, quia, ex quo tenetur ad eam dotem filiæ conseruandam, non est in rigore patrimonium proprium eiusdem Patris, qui exegit; neque ex eo, quod contingat eandem filiam non transire ad secunda vota, desinit propriè esse dos eiusdem, ex quo semel eidem constituta est, vt videre est in vidua permanente in statu viduitatis quoad vsque vixerit.

Pater tenetur dotem recuperatã filiæ sine diminutione cõseruare.

Nõ esset in rigore illa dos recuperata patrimoniũ propriũ Patris.



SECTIO III.

An solum pro dote, an verò etiam pro alijs cum ipsa competat hypotheca.

SVb hac sectione erit primò examinare, an hoc priuilegium competat etiam mulieri pro augmento dotis marito facto, & dato recuperando. Secundò, an pro donatione propter nuptias facta, vel promissa à marito competat eidem mulieri hoc priuilegium. Tertiò, an etiam pro bonis parafernalibus vltrà dotem datis marito. Quartò, an pro accessionibus ad dotem, scilicet pro fructibus dotis, seu interesse. Quintò, an pro alimentis eidem debitis à marito. Sextò, an pro pretio rerum dotalium, si hæ in casibus à iure permissis, fuerint alienatæ.

Variæ rationes dubitãdi.

20 Assertio I. Priuilegium tacitæ hypothecæ competit etiam mulieri pro vero, proprio, & reali augmento eiusdem dotis, siue hoc factum fuerit per eandem mulierem eidem marito, siue factum fuerit à Patre eiusdem mulieris, siue ab alio extraneo, siue etiam ab eodem marito in fauorem eiusdem mulieris *Negusant. d. p gn. d. memb. 4 p. 2. nu. 46., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 19. num. 13., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 17. § 3. nu. 31., Angel. in auth. de aqual. dot. §1., Iason. in rub. vlt. col. ff. solut. matri mon., Cancerius var. resolut. tom. 6. cap. 9. num. 4.*

Expressè euincitur assertio *ex §. aliud quoque auth. de æqualit. dot.*, nec incongrua sane ratione, quandoquidem ipsum augmentum dotis est pars eiusdem dotis, vt expressè docet *Angelus in d. §. aliud quoque de aqual. dot., Salicetus in l. vlt. vers. si igitur, C. de donat. ante nupt., Baldus Nouellus de dote part. 12. num. 59., Menochius cons. 93. num. 13., & cons. 1124. num. 12., Stephanus Gratianus discept. for. tom. 1. cap. 172. nu. 19., Augustinus, Barbosa ad l. etiam num. 2., & 3. C. de iur. dot.*, qui omnes per consequens docent, dictum augmentum esse eiusdem naturæ, & virium, & eodem iure regi, quo regitur ipsa dos, eisdemque priuilegijs gaudere, nec quidem sine iuris fundamento, quandoquidem hæc omnia euincuntur *ex eod. §. aliud quoque auth. de æqual. dotis, & ex l. vlt. versic. si igitur, C. de donat. ante nupt., & ex l. vbi adhuc C. de iur. dot.*; atque ex ijs responderi potest obiecto, quod per aduersantes afferri solet, quod scilicet priuilegium dotis iuxtà communem regulam priuilegiorum sit strictè interpretandum, nec extendendum vltra formalem dotem; responderi, inquam, potest, per hoc non fieri extensionem vltra rationem formalem dotis, quandoquidem ipsum augmentum etiam per dispositionem iuris computatur, vt pars formalis eiusdem dotis.

Augmẽtũ dotis est eiusdem naturę cum ipsa dote

Non fit extensio vltrà rationem formalẽ dotis.

Hęc ratio non solum euincit de augmento facto per eandem mulierem, sed etiam de eo, quod fieret à Patre, vel à quocunque extraneo; quandoquidem à quocunque proueniat semper tendit ad bonum eiusdem mulieris, cui intenderunt iura per priuilegia per eadem concessa, & sicuti ęquè gaudet priuilegijs dotalibus dos, siue per Patrem, siue per extraneum concessa in fauorem mulieris per ea, quæ superiùs dicta sunt, ità non est, cur eisdem gaudere non debeat augmentum factum eidem doti, siue factum fuerit ab vno, siue ab altero. Accedit, quod dos, siue sit profectitia, siue aduentitia semper gaudet priuilegijs dotibus concessa, vt communitèr sentiunt Doctores, quandoquidem finis est idem, & eadem ratio; dos autem profectitia, prout habetur *in l. profectitia, ff. de iure dotium*, benè dicitur, quod sit dos, quæ à Patre, vel parente profecta est de bonis, vel facto eius, idest, quod dos profectitia sit, quæ à Patre, tanquam à Patre, vel à Parente, scilicet ab Auo vel à Proauo, vel alio ascendente à linea Patris profecta, vel constituta est de bonis eius pro filia, vel nepte, vel pronepte; aduentia verò, quæ à Patre, vel Parente de eius bonis non est profecta, sed data, seu constituta ab alijs personis, vel ab ipsa muliere, vel ab extraneo *l. profectitia § 1. pater, & §. si quis certam, ff. de iur. dot., & l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.* Nomine autem extranei hic intelligimus quemcunque à Patre, aut Parente per virilem sexum non ascendentem, & in potestate personam dotatam non habentem, prout clarè euincitur *ex d. l. vnica §. accedit, C. de rei vxor. act.*, Ex quibus deducitur, quod, si ius per priuilegium æquè assistit doti profectitiæ, & aduentitiæ, æquè assistere existimandum sit augmento dotis, siue proficiscente à Patre, seu Parente per virilem sexum ascendente, seu adueniente à quocunque alio ab ipsis.

Dos, siue fuerit profectitia, siue aduentitia semper gaudet priuilegio dotis.

Quis veniat nomine extranei.

Potior ratio est dubitandi de augmento dotis facto mulieri per maritum ante nuptis, in quo etiam casu benè procedit assertio, quandoquidem vir ante contractum matrimonium, nedum potest augmentum dotis futuræ mulieri irreuocabilitèr constituere, sed etiam dotem ipsam *Doctores communitèr in l. 1. C. de donat. ante nupt., Panormitanus in c. & si necesse de donat. inter virum, & vxorem, Paluctus in rub. de don. inter vir., & vxor. §. 30. num. 3. versic. secus, Sanchez lib. 6. disp. 7. num. 2. vers. idem dicendum*; non enim ante contractum matrimonium est prohibita donatio inter futuros coniuges, *l. si sponsus §. in princip. §. si verò leg. inter eos, ff. de donat. inter vir., & vxor. l. Seia §. virgini, ff. eodem l. cum in te, C. de donation. ante nupt.*

nupt.,&, si deindè maritus id, quod tradidit sponsæ, recipiat pro dote, seu augmentum dotis, vtique tenet.

Instantia aduersus superiùs dicta, eiusque solutio.

Dices, si maritus de futuro confessus fuerit aliquod accepisse ab vxore futura, quod non acceperit pro dote, vel pro augmento dotis animo donandi, non valet donatio *d. l. seia §. virgini ff. de donat. inter vir.*, & *vxor.*, & *l. cum in te C. de donat. ante nupt.*, ergo, si ipse ante nuptias aliquid tradiderit vxori, & ab eadem acceperit titulo dotis, vel augmenti dotis, non valebit talis dotatio, seu augmentatio dotis. Consequentia tenet, quia per talem modum donandi perindè est, ac si confessus fuerit recepisse, cum non receperit. Quid enim est aliud aliquid conferre, illudque recipere ab vxore futura, quam fateri se recepisse id, quod non recepit? Sed contra; neganda est consequentia, quia in præsenti hypothesi per talem donationem factam à sponso vxori ante nuptias re vera ipse transtulit dominium illius, quod donauit, quod per consequens factum est per plenum dominium irreuocabilitèr eiusdem vxoris, quod propterea, si postea maritus recipiat, recipit id, quod iam est proprium mulieris, quod non euenit in casu, quo nihil recepit, & tamen fassus est recepisse; vndè quoad hoc militant ea omnia iura, quæ prohibent marito constante matrimonio aliquid titulo donationis conferri vxori, atque ità sentiunt communitèr *Doctores scribentes in d. l. 1. C. de donat. ante nuptias*, & *in dict. l. si sponsus*, *§. si verò leg. inter eos*, *ff. de donat. inter vir.*, & *vxor.*, *Lancellotus Gallia de statutis qu. 5. num. 53.*, *Angelus verb. donatio 3. num. 6.*

21 Ex ijs tamen, quæ dicta sunt, inferre licebit, quod, si augmentum dotis factum fuerit à marito ante matrimonium futuræ vxori ea adiecta conditione, vt tantum valeat talis collatio augmenti, quando verè contractum fuerit matrimonium, tale augmentum non teneat, sed adhuc celebrato matrimonio possit reuocari *Castrensis in l. 1.*, & *in l. 4. C. de donat. ante nupt.*, *Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. nu. 2.*, *Sanchez lib. 6. disp. 7. num. 8.*, *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 8. num. 21.* Ratio

22 Augmentum factum per maritum cōstituto matrimonio nō tenet.

autem huius illationis ea est, quia, si fieret per maritum tale augmentum dotis constituto iam matrimonio, absolutè non tenet, nec obligat augentem maritum per ea, quæ habentur *in l. 1. 2. 3*, & *4. ff. de donat. inter vir.*, & *vxorem*, & *in l. cum hic status ff. eodem*, vndè tale augmentum pro illo tempore constantis matrimonij factum non obligat dotantem, nec ciuilitèr, nec naturaliter *Sanchez de matrimonio lib 6. disp. 1. num. 2.*, ergo, si antecedentèr fieret, ea tamen adiecta conditione, vt illud augmentum vim non habeat, nisi quando matrimonium iam fuerit contractum, non tenebit, nec obligabit augentem, nec ciuilitèr, nec naturalitèr. Consequentia probatur, quia, cum quicunque actus initus sub conditione de futuro non obliget, nisi purificata conditione, & post purificatam ex dispositione iuris non teneat ille actus, per indè est, ac si fuerit initus pro tempore, pro quo eodem iure obstante idem actus non potest esse validus *l. in tempus ff. de hæred. instituendis*, & *l. cum*, *qui ff. de iurisd. omn. iud.*, *Tiraquel de iure constituti part. 3. limit. 2. num. 3.*, & *seqq.*, *Costa in l. Gallus §. & quid si tantum ff. de lib.*, & *posth. parte 2. n. 172.* *Valascus conclus. 77. num. 4.*, quod tamen intellige, quando constitutio augmenti ità facta esset, vt quoad substantiam vim non haberet, nisi pro tempore iam contracti matrimonij, secus si vim quoad eandem substantiam deberet habere absolutè à principio eiusdem constitutionis, licet non deberet sortiri executionem, nisi purificata conditione matrimonij iam celebrati, vt benè notauit *Tuscus tom. 6. litt. T. concl. 88. num. 3.*

Actus initus sub conditione de futuro non obligat, nisi purificata cōditione.

Hic iam oritur difficultas, an hoc augmentum superinductum doti mulieris retrotrahatur ad tempus constitutionis dotis eidem factæ, an verò incipiat solummodò à tempore, quo factum est tale augmentum Ratio dubitandi ex eo deducitur, quod augmentum dotis dicitur ex superiùs dictis pars eiusdem dotis, sicuti igitur pars gaudet eisdem priuilegijs, ac totum, ita non est, cur gaudere non debeat eisdem prælationibus, ac quodamodò fingi, ac si esset constitutum pro tempore, quo ipsa dos constituta est. Nihilominus in hoc placet sensus *Negusant. dict. memb. 4. part. 2. num. 46.*, *Mantica lib. 11. tit. 19.*, à quibus non videtur dissentiri *Ioannes Angelus Bossius de dot. cap. 17. §. 3. num. 31.*, quod tacita hypotheca, quæ competit pro augmento dotis non referatur ad initium tacitæ hypothecæ contractæ pro ipsa dote, sed sumat initium à die eiusdem augmenti. Hoc expressè colligitur ex textu *in l. si constante*, & *ibi Baldus*, & *Salicetus C. de donation. ante nuptias*.

Augmētū dotis incipit à die, quo inductū est idem augmentum.

Assertio II. Competit etiam mulieri priuilegium tacitæ hypothecæ pro donatione sibi facta à marito propter nuptias, non tamen pro illa ius prælationis in ordine ad creditores mariti habentes tacitam hypothecam anteriorem. Quoad primam partem habes pro se assertio *Coaruuiam variar. resol. lib. 1. cap. 7. num. 1. vers. eodem pact.*, *Negusantium d. memb 4. part. 2. num. 64.*, *Petrum Barbosam ad l. 1. part. 3. num. 31. ff. solut. matrim.*, *Amatorem Rodriquez de concurs. credit. part. 1. art. 1. num. 21.* Quoad secundam *Baldum in l. assiduis in 3. propositione*, & *ibi etiam Cinus*, *ff. qui in pign. pot. hab.*, *Negusantium loco citato*, *Ioannem Angelum Bos-*

Bossium de dot. cap. 17. num. 32.

Iura planè euincentia intentum. Non diu immorandum in probatione huius assertionis, quandoquidem iura eandem quoad omnes partes plenè euincunt *in l. vbi adhuc C. de iure dot.*, *& in l. assiduis ff. qui pot. in pign. hab.*, *& in §. aliud quoque Auth. de æqualit. dotis*; quinimmò textus *in d. l. assiduis ff. qui pot. in pign. hab.* assignat rationem, cur habeat tacitam hypothecam cum iure prælationis pro dote, habeat verò solam tacitam hypothecam sine iure prælationis pro donatione propter nuptias. Ibi - *Hæc autem tantum ad dotem sancimus, non autem ad ante nuptias donationem, quam sua tempora seruare disposuimus, & habere inter creditores sui temporis ordinem; non enim pro lucro fouemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus.*

25 Ex dicto textu solum euincitur, quod mulier non habeat ius prælationis, quando agit ad eandem tanquam ad lucrum, ibi, *non enim pro lucro fouemus*; quia tamen potest mulier ad eandem agere tanquam sibi specialitèr obligatam pro dote, ideò hic etiam quærimus, an in hac actione habeat non solum tacitam hypothecam, sed etiam ius prælationis; pro quo aduerte cum *Negusant. d. memb 4. part. 2. nu. 66.*, quod, quamuis donatio propter nuptias, seu donatum propter easdem transeat in dominium vxoris, sicut dos transit quoad liberam administrationem in maritum; nihilominus, cum illa donatio adhuc remaneat penes maritum quoad res ipsas donatas, sicut apud eundem remanet dos ipsa, ità nec est, cur sicuti pro dote ipsa habet hypothecam tacitam, ità non habeat pro ipsa donatione propter nuptias, & sicuti pro dote ipsa etiam habet ius prælationis, ità non est, cur tale ius non habeat etiam pro ipsa donatione propter nuptias, quando eidem est specialitèr obligata, nam in hoc casu potius censeretur agere pro dote, quam pro donatione propter nuptias. *Abbas post Innocentium in cap. ex literis de pign.*, *Negusantius de pign. memb 4. part. 2. nu. 66.*

Ageret potius pro dote, quā pro donatione proptèr nuptias.

26 Assertio III. Tacita hypotheca competit etiam vxori aduersus bona mariti pro paraphernalibus traditis vltrà dotem eidem marito, non tamen eidem competit ius prælationis aduersus alios creditores anteriores habentes tacitam hypothecam, *Couaruuias var. resol. lib. 1. cap. 7. num. 1.*, *Negusantius d. memb 4 part. 2. nu. 63.*, *Mantica lib. 11. tit. 26. nu. 48.*, *Rendina in prompt. selectarum tit. de vir., & vxor. num. 17.*, *Fontanella de pact. nupt. clauf. 6 glof. 3. part. 7. num 63.*, *Augustinus Barbosa collect. ad cap. ex literis nu. 9. de pign.*

Ratio primæ partis expresè habetur, *ex l. vltim. C. de pact. conuent.*, vbi dicitur, quod, vbi mulier quoad paraphernalia sibi de hypotheca non prouidet, lex ei tacitam hypothecam in bonis viri concedit, & maritus in eisdem eandem diligentiam debet adhibere, quam in rebus suis. Ibi. *Sin autem hoc minimè scriptum inueniatur in præsenti nostra lege habeat hypothecam contrà res mariti.*

Ius intētū euincens.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia priuilegium prælationis concessum, ex dispositione iuris *in l. assiduis, C. qui pot. in pign. habeant*, pro dote est strictì iuris, & strictè interpretandum, nec extendendum, vltrà id, quod est concessum, ergo non est concedendum pro paraphernalibus, quandoquidem ea non sunt propriè dos. Accedit, quod, licet huiusmodi paraphernalia habeant tacitam hypothecam per allegatum ius, non inueniuntur tamen habere alia priuilegia dotalia, vt expresè *Glosa in l. si ego §. dotis in verbo condici, ff. de iur. dot.*, *Alexander, & Iason. in l. maritus, ff. solut. matrim.*

Paraphernalia non habent alia priuilegia dotalia.

Assertio IV. Tacita hypotheca competit etiam vxori pro fructibus dotis, & interesse, seu vsuris ratione dotis debitis vxori. Ità expresè *Bartolus in l. cum dotem, §. fin. autem in sauissimo num. 7. ff. solut. matrim.*, qui tamen sibi parum constans contrarium docuit *in l. Lucius n. 4. ff. de alim., & cib. leg.*, *Mantica de tacit., & ambig. lib. 12. tit. 19. num. 14., & seqq.*, *Campegius de dote 2. part. quæst. 63.*, *Corduba à Lara in l. si quis à liberis §. si quis ex his nu. 40. ff. de lib. agnos.* *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 18. nu. 35.*, qui alios innumeros citat, & commendat.

Ratio esse potest, quia huiusmodi fructus, seu interesse peti possunt actione de dote *l. si marito §. fin. ff. solut. matrim.*, *Glosa*, *Bartolus in rubr. ff. solut. matrim. in 4. col.*, quandoquidem iudicium de dote est iudicium vniuersale respectu vxoris *l. quod dicitur ff. de imp. in re dot. fac.*, *Bartol. in l. 1. ff. solut. matrim.*, ergo pro eisdem fructibus, seu interesse competit etiam vxori tacita hypotheca in bonis mariti. Consequentia probatur, quia tacita hypotheca, quæ tanquam accessoriè datur pro actione dotis se extendit ad omne id, ad quod se extendit actio dotis per id, quod habetur *in l. 2. C. per quas personas*. Atque ad hæc magis confirmanda maximè faciunt ea, quæ dicuntur, quod scilicet accessiones, quæ doti accrescunt, seu superueniunt eodem iure regulentur, quo eadem ipsa dos *l. etiam, C. de iure dotium in l. si proprietati l. si seruo l. si legato ff. eod.*, cum accessorium sequatur naturam sui principalis *reg. accessorium de reg. iur.*, *Glosa in l. vt certo §. vsque ad eo ff. commodati.*

Iudicium de dote est iudicium vniuersale respectu vxoris.

Accessiones dotis eodem iure regulantur, quo dos ipsa.

Dices primò, huiusmodi fructus, seu accessiones neque sunt dos, neque portio dotis, vt asserit, *Glosa in d. l. si marito, §. fin.*

fin. ff. solut. matrim., *Thanut. de lucro dotis dict. verb. dote nu.25.*, quando non veniunt in obligatione dotis, sed per officium Iudicis accessoriè debent peti. Antecedens probatur, nam, vel loquimur de fructibus per maritum perceptis ante contractum matrimonium, vel de fructibus durante matrimonio, vel de fructibus matrimonio iam dissoluto, vel per mortem mariti, vel alio modo; Si primo modo, in rigore non possunt dici fructus dotis, sed tunc propriè cōstituunt ipsam dotem, vt apertè constat *ex l. videamus generalitèr, §. ante matrimonium ff. de vsuris l. si ante nuptias, ff. solut. matrim. l. inter socerum §. cum inter, ff. de pactis dotalibus*; sed iuxta hunc sensum non procedit instantia; si secundo modo, iam patet, quod non sint dos, neque portio eiusdem, cum ad maritum pro oneribus matrimonij pertineant *l. pro oneribus, C. de iure dotium*; si tertio modo; non possunt augere dotem, quia soluto matrimonio neque res ipsæ datæ in dotem sunt dotales, neque dos, cum desinente matrimonio non possit esse dos, cum dos, & matrimonium sint correlatiua, *l. fin. C. de donat. ante nupt.*, *& lib. 3.*, *C. de iure dot.* Consequentia item probatur paritate, quia, sicuti fructus rei depositæ nō sunt res depositæ, ideò non veniunt in obligatione, seu actione rei depositæ, sed per officium Iudicis accessoriè petuntur, ità quia fructus dotis non sunt dos, neque portio eiusdem, nec debent venire in actione dotis, sed officio Iudicis peti. Sed contrà, quia iuxta primum sensum, iam habemus intentum; si enim secundum eam rationem propriè sunt dos, non est, cur venire non debeant in actione dotis; iuxtà secundum sensum non procedit assertio, quæ solum loquitur de fructibus debitis vxori, adeoque non extenditur ad illos, qui percipiuntur durante matrimonio, cum pertineant ad maritum pro oneribus matrimonialibus; Iuxtà tertium, in quo præcipuè procedit assertio, dicendum est, instantiam falsò initi fundamento; non enim immediatè dissoluto matrimonio cessat ratio dotis, cæteroqui eodem dissoluto cessaret ipso facto hypotheca, & ius prælationis in fauorem mulieris, quæ tamen non cessant, nisi post restitutionem factam eidem mulieri, qua posita bona dotalia transeunt postea in patrimonio eiusdem mulieris, adeoque, quousq; per hæredes mariti fuerint huiusmodi bona dotalia eidem restituta, adhuc retinent nomen, & iura dotis, adeoque, quod eisdem pro illo tempore ante restitutionem accedit, intelligitur illam augere. Deindè etiam si illi fructus, seu accessiones non essent propriè dos, vel portio dotis, tamen vel ex iure vniuersali dotis, vel ex speciali priuilegio fauore dotis eiusdem ijdem fructus petūtur actione dotis, vt rectè notauit *Baldus Nouellus de dote part. 2. nu. 6.*, nec solum cum ipsa dote, sed etiam post illam restitutam. Ex quibus facilè erit respondere ad paritatem, quæ opponebatur, de fructibus rei depositæ, qui certè solum peti possunt officio Iudicis, cum non habeant speciale priuilegium, sicuti habent fructus dotales.

Rationes probātes fructus dotis non esse dotē, nec portionem dotis.

Dissoluto matrimonio nō cessat ratio dotis.

Fructus dotis petuntur actione dotis.

Dices secundò, priuilegium, quod conceditur pro bonis dotalibus, nec ex dispositione iuris, nec ex præsumpta contrahentium mente extenditur ad fructus, & accessiones eiusdem dotis; non ex dispositione iuris, quia tale priuilegium, vtpotè stricti iuris est strictè interpretandum, nec extendendum vltra expressa; non ex præsumpta contrahentium mente, quandoquidem præsumuntur contrahentes non se obligare ad maiora, quam obliget iuris dispositio, nisi expressè inter ipsos actum fuerit. Sed contrà, quia quoad dispositionem iuris expressus textus habetur *in l. Lucius, ff. qui pot. in pign. habe.*, in quo dicitur, quod pignora obligata pro sorte intelligantur, & obligata pro vsuris pro sorte debitis; neque obesse potest, si asseratur, quod hic textus, cum loquatur in genere, non specialitèr in materia dotis, obesse videatur præcedentèr dictis, per quæ hoc priuilegium restriximus ad materiam dotalem, in qua pro sorte simul, & interusurijs venit hypotheca ad diferentiam fructuum rei depositæ, qui non comprehenduntur sub actione eiusdem depositi; Non, inquam, obesse potest, quia specialitas in materia dotali non consistit in eo præcisè, quod simul cum sorte hypothecam habeant fructus ab eadem dependentes, nam hoc certè commune est multis, sed in eo, quod restituta sorte, & non fructibus eidem correspondentibus, seu ab eadem dependentibus ex actione dotis, ijdem fructus possint peti, quod non militat in alijs, in quibus soluta sorte fructus dumtaxat peti possunt officio Iudicis, vndè dependentèr ab ijs, quæ hic dicuntur, docet *Mantica lib. 11. de tacit., & ambig. n.22. tit. 32.*, quod prior in tempore potior in iure intelligatur non solum in sorte, sed etiam in fructibus, quod etiam expressè docet *Salgado in labyrint. lib. 1. c. 24. nu. 94.*, vbi centum alios agglomerat, & commendat.

Textus exprimēs hypothecam tacitam etiam quoad fructus dotis.

Assertio V. Hypotheca tacita competit etiam vxori in bonis mariti pro alimentis eidem debitis à marito. *Paulus de Castro in l. Lucius §. fin. autem nu. 3. ff. sol. matrim.*, *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 47.*, *Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19. num. 35.*, *Marescotus var. lib. 2. c. 83. n. 7.*, *Salgado in labyr. lib. 1. num. 35.*, *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 18. num. 36.*, vbi refert Paulum de Castro loco citato in facti contingenta obtinuisse tres sententias. Procedit potissimum assertio de alimentis debitis 28

vxori

vxori ob retardatam fortis solutionem, locum tamen habet etiam in alimentis debitis constante matrimonio.

Probatur in vniuersum, quia alimenta debentur vxori, vt dotium accessiones, seu tanquam debita ex eadem dote, cum dos detur pro oneribus matrimonij, inter quæ præcipuè continetur eiusdem vxoris sustentatio, ergo hypotheca tacita, quæ competit pro eadem dote, competit etiam pro eisdem alimentis vxori debitis. Consequentia probatur, quia ex superiùs dictis hypotheca tacita competens pro principali in materia dotis competit etiam pro accessionibus annexis principali. Accedit, quod alimenta possunt etiam peti actione dotis, *Specul. in tit. de donat. inter vir., & vxor. §. formalis verb. sed numquid bona viri, Bartol. in tract. aliment., Paulus de Castro in dict. l. si cum dotem, §. sin autem in sauissimo, ff. solut. matrim.*, ergo pro eisdem est hypotheca tacita, quæ est pro ipsa dote, nam, hypotheca, quæ conceditur pro dote, competit etiam pro ijs, pro quibus conceditur actio dotis pro superiùs notata.

Alimēta debentur vxori, vt dotis accessiones.

Dices, hoc argumentum solum procedere pro huiusmodi alimentis constante matrimonio, non autem eo dissoluto, vt notat *Paulus de Castro conf. 8. ad primum respondetur*, qui dicit nullibi reperiri decisum, quod alimenta dissoluto matrimonio habeant talem hypotheca. Sed contra, quia in primis. *Alexander in d. l. Lucius, §. sin autem in sauissimo, ff. solut. matrim.*, asserit ex eadem sufficienter esse decisum, quod hypotheca etiam maneat pro alimentis, adeòvt afferat, quod Doctores tenentes contrarium eidem textui adæquatè non respondeant. Deindè ex præcedentibus etiam sufficientèr euincitur, quod vrgeat hypotheca in bonis mariti, quousque dos non fuerit restituta, etiam pro alimentis, quandoquidem pro fructibus, & accessionibus eiusdem dotis etiam dissoluto matrimonio, quousque dos non restituatur, datur hypotheca, ergo etiam pro alimentis debitis, cùm etiam ista sint accessiones ad dotem, & dos fit pro alimentis eiusdem vxoris; sicuti ergo dos ipsa ante restitutionem dissoluto matrimonio remanet in ratione dotis, ita ea, quæ ratione eiusdem debentur, remanent in ratione accessionis ad eandem, & veniunt in obligatione, seu actione pro dote, non enim hypotheca *in d. l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.*, introducitur respectu quantitatis dotis, sed respectu actionis, ibi. *Et in huiusmodi actione damus*.

Procedit assertio de alimētis etiam soluto matrimonio.

Hic solum insurgit difficultas desumpta ex ijs, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus 3. de mutuo, & vsuris disq. 5. §. 8.*, nempè statutum, quo cautum est vxorem in statu viduitatis posse exigere ab hæredibus mariti alimenta pro arbitrio, iniquum esse, & vsurarium; ex quo deducitur, quod, si exactio alimentorum iniqua est, eadem alimenta non habeant hypothecam, cum hæc non concedatur ob ea, quæ solum vsurariè peti possunt. Sed nihil negotij facescit hæc difficultas, quandoquidem procedit dumtaxat in hypothesi, qua iustè peti possint alimenta, vt correspondentia fructibus eiusdem dotis, quoad vsque eadem dos persoluatur, nec casus in statuto propositus similis est illi, de quo in præsenti loquimur, quandoquidem in illo erat sermo, quod ex libertate mulier vidua vellet carere dote ad finem acquirenda lucra alimentorum per ea, quæ ibi dicta sunt, hic autem est sermo in casu, quo alimenta sint debita ob fructus eiusdem dotis, in quo nulla interuenit iniustitia, nec labes vsuræ.

Instantia desumpta ex nostris principijs, eaque dissoluta.

Assertio VI. Hypotheca tacita competit etiam vxori in bonis mariti pro pretio rerum dotalium, si hæc in casibus à iure permissis fuerint per maritum alienata. Hæc assertio secundum duplicem sensum accipi potest; primò, quatenus pro pretio rerum venditarum dotalium bona mariti sint tacitè hypothecata, & in hoc sensu *Bartolus conf. 124.* absolutè sustinet affirmatiuè; Secundò, quatenus pretium rerum dotalium venditarum redactum in bonis mariti sit tacitè obligatum pro dote, adeòvt possit mulier aduersus idem pretium, seu rem ex eodem emptam hypothecariè agere, in quo sensu sustinent Doctores posse subsidialitèr aduersus eadem agere. 29

Etiā pro pretio rerum dotalium.

Ratio primę partis clarè deducitur, quod bona mariti sunt in omni casu deperditionis dotis tacitè hypothecata in fauorem mulieris per superiùs sparsim probata, ergo etiam in casu alienationis bonorum dotalium eadem bona remanent hypothecata tacitè; neque enim iura, quæ permittunt alienationem in casu eiusdem alienationis eximunt bona mariti ab onere, cui ex vi actionis dotalis subiacebant.

Bona mariti sunt in omni casu deperditionis dotis mulieri hypothecata.

Ratio secundæ partis, seu quoad secundum sensum ex eo deducitur, quod in primis simplicitèr, & ex natura dotis pecunia ex re dotali redacta, & res ex pecunia dotali empta non subrogatur ipso iure loco rei, vel loco pecuniæ, neque efficitur dotalis, *l. ita constante, & l. si ex lapidicinis, ff. de iur. dotium, & l. ex pecunia C. de iure dotium.* Deindè in euentu, quo aliundè maritus esset impotens, vel eius hæredes ad soluendum pro dote competere hypothecam in fauorem eiusdem mulieris in pecunia redacta ex fundo dotali, & ad rem emptam eadem pecunia dotali docent *Hermanopolus in promptuario iuris lib. 4. tit. 8., Baptista de Sancto Blasio de priuileg. dotis cent. 2. n. 7., Franciscus Cuiacius lib. 5. obseruant. cap. 9., Franciscus Marcus decis. 508. num. 21., Mantica de tacit.,*

Pecunia ex re dotali redacta, & res ex pecunia dotali empta non efficitur dotalis.

&

& ambig. lib. 12. tit. 27. num. 9., Rota Rom. apud Buratum decis. 119. num. 4., Augustinus Barbosa collect. ad l. ex pecunia num. 2. C. de iur. dotium, Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 1. num. 73., & videtur clarè deduci ex textu *in l. res, quæ ff. de iure dotium*, vbi asseritur, fundum ex pecunia dotali emptum videri dotalem, quem textum limitatiuè intelligunt *Hermanopulus, Cuiacius, & alij supra allegati* in subsidium iuxtà ea, quæ mox diximus, per hoc explicant limitandum esse textum *in d. l. ex pecunia, C. de iure dotium*, volentem rem emptam ex pecunia dotali non esse dotalem, quod præcipuè deducunt ex eo, quod *in d. l. res, quæ ff. de iure dotium*, non dicatur explicitè rem emptam ex pecunia dotali esse dotalem, sed videri talem, vbi verbum, *videtur*, designat improprietatem, & fictionem *l. si pater filio ff. de his, quæ in fraud. credit., Tiraquel in l. si vnquam verb. suscepit liberos num. 70. C. de reuoc. donat.* quasi, quod ille textus dicat, res illas non esse verè dotales, sed quasi dotales in subsidium marito non valente dotem restituere. Iuxtà hunc sensum inferunt etiam Doctores, quod mulieri competat pro recuperatione dotis non solum actio personalis, sed & realis, scilicet vtilis rei vendicatio, adeo vt possit tanquam domina omnibus creditoribus mariti etiam prætendentibus hypothecam expressam, & anteriorem præferri *l. in rebus in princip. C. de iur. dotium Baldus Nouellus de dot. p. 7. priuil. 15., & part. 8. priuileg. 34.*

Cōpetit etiā vtilis rei vendicatio.

SECTIO IV.

An hypotheca tacita pro dote habeat priuilegium prælationis in ordine ad alios mariti creditores etiam anteriores.

Explicātur in ordine ad quos creditores procedat titulus.

NOn procedit titulus in ordine ad alios creditores habentes aduersus maritum actionem solummodò personalem, quandoquidem certum est de iure antiquo etiam ante priuilegia concessa à Iustiniano bonis dotalibus in fauorem mulierum, prout præcipuè continetur *in d. l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. act.* easdem mulieres quoad talia bona habuisse, & habere prælationem aduersus huiusmodi creditores, ita quod primo loco de bonis viri soluenda esset dos vxori, quantumuis non remanerent bona, ex quibus eisdem creditoribus posset satisfieri, prout habetur *in l. 2. §. vlt. & duabus ll. seq. ff. de priuil. credit., & in l. assiduis C. qui pot. in pign. hab.*, hocque expressè docent *Pichardus lib. 4. instit. §. quadam actiones in quæst. de collat. bon. & de priuil. creditorum art 5. num. 31., & seqq. Molina de iust. disp. 438. nu. 1.*, sed solummodò procedit in ordine ad alios creditores habentes tacitam, vel expressam hypothecam, non quomodocunque, sed anteriorem doti constitutæ in fauorem mulieris.

Pro quo aduerte, Iustinianum multa priuilegia concessisse in fauorem mulierum pro dotibus, & præcipuè *in d. l. vnica, §. & vt plenius C. de rei vxor. act.*, & primò quod 30
ex dispositione iuris habeatur in contractu dotali apposita stipulatio, quantumuis partes adinuicem non conuenerint de stipulatu, prout etiam notarunt *Baldus Nouellus de dote part. 6. priuil. 2. n. 1., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 5. num. 1., Campegius de dote part. 1. qu. 57., Mantica de tacit., & ambig. lib. 14. tit. 9. n. 3., Borellus in summa decis. part. 3. tit. 5. num. 11.* Secundò, vt huiusmodi actio, quæ ex fictione iuris conceditur ex stipulatu sit bonæ fidei, non stricti iuris ad differentiam aliarum actionum ex stipulatu, quæ regulariter sunt stricti iuris *l. 5. in fine, & l. alias ff. de in litem iurand. l. qui tantundem ff. de negot. gest., & l. quidquid adstringendæ ff. de verb. oblig.*; nec incongrua sanè ratione hoc inductum fuit, quandoquidem, cum hæc actio ex stipulatu fauore dotis inducta fuerit per dictum textum *in l. vnica §. sed & si non ignoramus C. de rei vxor. act. & d. §. fuerat instit. de act.* in locum actionis vxoriæ, quæ vtique erat bonę fidei *d. l. vnica in princip. C. de rei vxor. act. l. in rebus, §. vltimo, ff. solut. matrim.*, vtique eius naturam, & conditionem sortiri debuit *l. vnica §. sed etsi non ignoramus, C. de rei vxor. act. d. §. fuerat instit. de act.*; subrogatum enim sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur *l. quod debitori ff. de donat. caus. mort., & l. si creditori ff. de legat. 1.* Tertiò, vt huiusmodi actio ex stipulatu habeat annexam tacitam hypothecam in bonis mariti pro restitutione dotis facienda, prout supra latè diximus. Quartò, vt hęc actio ex stipulatu habeat etiam ius pręlationis in fauorem mulieris in ordine ad quoscunque creditores mariti quantumuis habentes hypothecam anteriorem *d. §. fuerat instit. de act., & l. assiduis C. qui pot. in pign. hab.* His igitur tanquam certis suppositis pro rei claritate.

Apposita est stipulatio contractui dotali, quātumuis non fuerit actum.

Actio, quæ conceditur ex stipulatu in causa dotis est bonæ fidei.

Subrogatum sapit naturam eius, cui subrogatur.

Actio ex stipulatu in causa dotis habet hypothecam, & prælationem.

Multę circa pręsentem sectionem oriuntur rationes dubitandi. Prima est, an hoc ius prelationis in ordine ad creditores hypothecarios anteriores competat dumtaxat eidem vxori, an verò etiam eius hęredibus. Secunda, an hoc ius prælationis intelligatur solummodò respectu aliorum creditorum habentium ex causa anteriori hypothecam tacitam, an verò etiam respectu habentium expressam. Tertia, an mulier habens hypothecam expressam in bonis mariti ratione eiusdem dotis, vt cōmunitèr hodiè dotes promittūtur per publica instrumēta, pręferatur cęteris creditoribus mariti habentibus anteriorem hypothecā in omniū bono-

Rationes dubitādi circa propositū titulum.

bonorum eiusdem. Quarta, an hypotheca tacita mulieris in bonis mariti pro dote præferatur hypothecæ expressæ posteriori aliorum creditorum. Quinta, an, si ex aliquo statuto inducta fuerit hypotheca pro aliquibus creditis in bonis debitoris, & per idem statutum cautum sit, quod talis hypotheca habeatur pro expressa, perindè, ac si in instrumento esset posita, hæc, si fuerit anterior, præferenda sit tacitæ hypothecæ inductæ à iure pro indemnitate dotis. Sexta, pro quanam hypotheca quoad priuilegium prælationis præsumendum sit, quando pro eodem die contracta est tacita in constitutione dotis, & alia expressa in omnibus bonis mariti, nec constat de priori constitutione. Septima, an mulier ex causa dotis præferatur fisco, an è contra, & quando non. Octaua, an hypotheca tacita dotis in bonis mariti præferatur tacitis, vel expressis alijs hypothecis priuilegiatis creditorum mariti, & his similia.

31 Assertio I. Ius prælationis in bonis mariti in ordine ad creditores hypothecarios, si verè competit, de quo infrà vberrimè, & ad satietatem, competit solum mulieri, & filijs eiusdem, & descendentibus ex eodem matrimonio, non verò hæredibus ipsius extraneis, neque cessionarijs, quinimmò, nec filijs ex alio matrimonio. Ità quoad primam partem *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 94., Glos. in l. 1. C. de priuil. dotis, Baldus Nouellus de dote part. 12. nu. 9., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 22. nu. 31., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 18. n. 93., Antonius Picchardus §. fuerat n. 48. instit. de act., Molina de iustit. tract. 2. disp. 438. n. 3., &* 8. Quoad secundam *Glosa in l. si cum procurator, ff. de re iudicat., & ibi Bartolus, Baldus, & Angelus in l. etiam, ff. solut. matrim., Iacobus de Beluis in sua disputat. quàm posuit in l. vnic. C. de rei vxor act., Bartolus in d. l. 1. C. de priuil. dot., Baldus in l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab., idem Ioannes Angelus Bossius loc. cit. n. 94.*

Prima pars deducitur ex multis iuribus; *ex d. l. assiduis C. qui pot. in pign. habea.*, vbi sic legitur. *Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem, pro qua multis nostris legibus inuenta sunt priuilegia*; ex quo iure clarè deducitur fundamentum, ratione cuius imperator concessit hoc priuilegium mulieri, & non alijs; non enim alij sustinent illa onera, quibus subiacet vxor. Si autem inquiras, cur hoc priuilegium attribuatur eiuidem filijs, cum ipsi talia onera non sustineant; tunc respondendū est, hoc prouenire, quia filij, & descendentes ex eodem matrimonio computãtur, vti pars eiusdem vxoris vtpotè ex eodem sanguine progeniti, vndè docent Doctores, quod illi filij non habeant ius prælationis titulo hæredis, sed iure sanguinis *Petrus Barbosa part. 6. num. 14 initio, Iason. in d. §. fuerat n. 94. instit. de act., Baldus Nouellus part. 10. num. 26.* Secundò *ex auth. vt exactione instante dotis*, vbi sic legitur. *Non enim alijs dicimus dandum, nec damus hoc priuilegium hæredibus, aut creditoribus, sed solis filijs.* Tertiò *ex dict. § fuerat instit. de act.*, vbi sic legitur; *præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouident ia hoc induximus.*

Filij, & descendentes ex eodem matrimonio computantur, vt pars eiusdē vxoris.

Secunda pars, quod scilicet non competat filijs ex alio matrimonio colligitur expressè *ex d. l. assiduis §. exceptis, C. qui pot. in pig. hab.*, vbi legitur, *hoc priuilegium indulgemus exceptis, videlicet contrà vonectas anterioris matrimonij filijs, quibus pro dote matris suæ, iam sufficientèr dedimus hypothecam contra paternas res*, vbi glosa; *primam enim, & eius filios excipimus, vt contra eos & c.* Sed meo videri absolutè, nec textus, nec glosa intentum euincunt, cum solum asserant mulierem secundam non habere hoc priuilegium prælationis aduersus aliam mulierem anteriorem, & eius filios, vt patet consideranti verba eiusdem textus, & glosæ. Quamobrem existimo, potius hanc partem habere fundamentum in communiori Iurisperitorum consensu aduersus *Glosam in l. etiam, ff. solut. matrim.* sentientium restringi ad solos filios eiusdem matrimonij, cum in ordine ad illos respectu mariti sustineat solummodò mulier illa onera, de quibus *in d. l. assiduis C. qui potior in pign. hab.*, hancque partem vltrà allegatos sustinent *Negusantius d. memb. 4. part. 2. nu. 95.*, qui alios multos refert, *Baldus Nouellus de dot. part. 10. num. 26., Petrus Barbos. part. 6. n. 14., Ioannes Angelus Bossius d. c. 18. n. 94.*

Quod deindè illud priuilegium prælationis concedatur non solum filijs, sed etiam alijs descendentibus ex eodem matrimonio colligitur expressè *ex auth. si quid C. qui pot. in pign. hab.*, vbi sic legitur, *potior omninò, seu qualibet ipsius soboles superior habeatur*, atque ita sentiunt *Alexander post alios in d. l. etiam ff. sol. matrim. in prima col., & in cons.* 58. *in causa mota num. 4. vol. 7.*, hancque communem esse opinionem, & communitèr tenendam, quidquid in contrarium obstrepat *Salicetus in d. l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.*, monet *Negusantius d. membr. 4. part. secundæ num. 95. in fin.*

Assertio II. Priuilegium prælationis concessum mulieri, eiusque filijs ex eodem matrimonio eidem competit solummodò respectu aliorum creditorum habentium tacitam hypothecam anteriorem in bonis mariti, non verò respectu habentium in eisdem hypothecam expressam. *Glosa communitèr approbata in d. l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab., & ibi Bartolus, Alexander d. cons. 18. in causa* 32

causa mota n.6.vol.8., *Negusantius d.memb. 4.part. secunda nu.98.*, *Ioannes Angelus Bossius d.tract.de dote c.18.num.45.*, qui asserit ità in praxi seruari, & ab ea, nec in consulendo, nec in iudicando recedendum *Petrus Barbosa part.6.num.4.*, *Fontanella claus. 5.glos.8.part.7.num.69.* Procedit assertio de iure communi, nam in aliquibus Prouincijs, & Regnis, vel ex statutis municipalibus, vel ex consuetudine sit præscripta mulieres pro dote præferuntur cæteris creditoribus mariti habentibus etiam hypothecam expressam anteriorem, & præcipuè ità in praxi seruari in Curia Tolos. refert. *Capella Tolos.decret.27.*, *& Gerar Maynar. decis. 51.l.2.*

Iura non derogant expressis hominũ conuentionibus.

Probatur assertio, nam iura in ijs, quæ in fauorem alicuius determinati generis personarum, quamuis derogent dispositionibus iuris in simil bus, regularitèr tamen non derogant expressis hominum conuentionibus, nisi fiat expressio, cum priuilegia sunt strictè interpretanda per ea, quæ notat *Glos. in l. 1. C. si aduersus vendit.*, *Paulus de Castro cons 440. lib. 1. cum fortius censeatur*, cum faciliùs lex tollat, quod suum est, quam quod est hominis, ergo priuilegium concessum mulieri sine vlla expressione limitandum est in ordine ad ea, quæ sunt disposita à iure, non quoad ea, quæ expresè per conuentiones sunt constituta ab homine, vt minus, quam fieri possit in priuilegijs fiat discordantia à iure communi.

Dices primò, taciti, & expressi eadem est ratio, idemque iudicium *l. cum quid.ff.si cert.pet.*, ergo, si priuilegium extenditur ad quamcumque tacitam, quantumuis anteriorem, extendi etiam debet ad expressam. Accedit, quod iura, quę inducunt huiusmodi priuilegium respectu mulierum, loquuntur in terminis prægnantibus, & generalitèr, *vt in d. l. assiduis C. qui pot. in pign.hab.* Ibi, *contra omnes mariti creditores*, *& in d. §. fuerat instit. de act.* Ibi - *Præferri alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus*, verba

Verba generaliter concepta extendũtur ad omnia in tali genere.

autem prægnantèr concepta, & generalitèr ad omnia extenduntur, quæ continentur in tali genere. Sed contrà, quia par ratio, & iudicium vtriusque consistit in eo, quod vtraque hypotheca tacita scilicet, & expressa æquè obligent, non autem in eo, quod omnia priuilegia, quæ ex speciali ratione vni conceduntur, sint extendenda ad alteram, & quod quotiescunque iura vni derogant, derogent etiam & alteri, potissimum cum iura, vt supra innuebamus in probatione, nunquam soleant hominum expressis pactionibus obsistere, nisi exprimant. Ad illud, quod subditur, dicendum est, illa verba prægnantia, & generalia respicere hypothecas omnes, quę iuris sunt, non quæ hominum propter iam dicta,

Dices secundò, cum hic versemur in fauorabilibus, secundum quæ omnibus modis, & formis Iustinianus voluit consulere indemnitati mulierum quoad suas dotes propter rationes superiùs adductas tot onerum, & grauaminum, quæ subeunt eædem mulieres, debemus vtique eadem priuilegia ampliare, præcipuè cum in tot alijs idem deducatur, in quibus antiquitùs non extendebantur. Sed contra, quia, quantumuis priuilegia in suo genere respectu eorum, quibus conceduntur, sint fauorabilia, cum tamen sint odiosa iuri communi, à quo disorbitant, ideò strictè sunt interpretanda, nec extendenda vltrà id, ad quod expresè conceduntur, & in dubio potius est interpretandum pro iure communi, quam pro fauore eius, cui conceduntur, & est quidem præsumptio, quod legislator voluerit derogare eis, quæ legis sunt, non quæ sunt hominum ex specialibus pactionibus, seu conuentionibus, neque in eo, quod in vno, vel altero indulgeant, præsumendum est in cæteris omnibus indulgere.

Priuilegia sunt contraria iuri communi, ideò strictè interpretanda

Assertio III. Priuilegium prælationis nō competit mulieri, quantumuis habeat hypothecam expressam posteriorem in ordine ad alios creditores habentes hypothecam expressam anteriorem in omnibus bonis mariti *Couaruuias var.resol. lib. 1. c.7. n.2.*, *Mantica de tacit.*, *& ambig.l.11.tit.26. n 24.*, *Amator Rodriquez de concursu credit. part.1.art.1.n.13.*, *& seqq.*, *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 18. num. 47.* 33 aduersus nonnullos, qui facta comparatione tacitæ ad expressam hypothecam asserunt, quod, sicuti tacita hypotheca in fauorem mulieris præfertur cuicunque tacitæ generali, & anteriori respectu aliorum creditorum, ita expressa eiusdem quantumuis posterior sit præferenda expresæ aliorum quantumuis anteriorum *arg. l. cum quod ff. si cert. pet.*

Hypotheca expressa anterior ex genere suo præfertur posteriori expressæ.

Probatur, quia hypotheca expressa anterior ex genere suo præfertur expresæ posteriori, nec quoad hoc Iustinianus derogauit iuri communi in materia dotis, ergo hypotheca posterior mulieris, quantumuis expressa in materia dotis, non est præferenda anteriori expressæ aliorum creditorum. Antecedens quoad primam partem ex se patet *ex reg. prior de reg. iuris in 6.*, quoad secundam sic euincitur primò, quia priuilegium concessum mulieribus per Iustinianum non est extendendum vltrà id, quod exprimit; exprimit autem solum, quod hypotheca tacita in dote sit præferenda alijs tacitis ex quocunque credito, non autem priuilegium extendit ad hypothecas anteriores expressas, per ea, quæ dicta sunt in præcedenti assertione; Neque valet argumentum à tacita ad expressam, quod, sicuti ex dispositione Imperatoris hypotheca ta-

cita legalis præfertur alijs anterioribus legalibus, ita ex præsumpta mente eiusdem expressa dotalis posterior præferatur alijs expressis anterioribus, vt seruetur proportio taciti ad expressum, Non, inquam, valet, quia Imperator *in illa l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.* prouidere dumtaxat voluit indemnitati mulierum in actione hypothecaria tacita quoad ea, quæ iuris sunt, sicuti eisdem antiquitus prouisum fuerat in actionibus personalibus, secundum quas præferebantur cæteris creditoribus habentibus dumtaxat actiones personales, cæterum quoad ea, quæ hominum sunt, intacta reliquit in suo genere, & sicuti nihil statuit circà prælationem in hypotheca tacita earundem mulierum posteriori in ordine ad expressas aliorum creditorum anteriores per ea, quæ supra dicta sunt, ità nihil statuit quoad easdem expressas, quando vna est posterior, alia anterior, sed eas reliquit in suis viribus quoad iura in suo genere sine vlla prorsus restrictione, vel limitatione; ex quo secundum se patet, quod non valet argumentum a tacito ad expressum; cum militet diuersa ratio in tacito, ac in expresso. Secundò probatur idem antecedens quoad eandem secundam partem, quia antecedentèr ad Iustinianum, licet mulier quoad suam dotem præferretur cęteris creditoribus habentibus tantum actiones personales, non præferebatur prætendentibus hypothecariam, quia quoad prælationem in hypothecaria nihil erat statutum, prout habetur *in l. 2. §. fin., & duabus ll. sequ. ff. de priuil. credit., & in dict. l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.*, & notat *Antonius Pichardus lib. 4. instit. § quadam actiones in quæst. de collat. bon., & de priuil. credit. art. 5. num. 31., Molina de iustit. disp. 438. nu. 1.*, ergo etiam, licet præferatur creditoribus habentibus hypothecariam tacitam anteriorem, non tamen præferenda est, quantumuis habeat hypothecam expressam posteriorem cæteris habentibus expressam anteriorem, cum de hoc nihil in iure etiam fuerit statutum. Ratio vniuersalis horum omnium est, quia, vbi agitur de derogatione iuris communis res non est extendenda vltra expressa in eodem iure, vt minus, quam par sit, fiat discordantia ab eodem iure communi.

Imperator quoad ea, quæ hominū sunt, eadē intacta reliquit.

Vbi agitur de derogatione strictè est procedendum.

34 Assertio IV. Priuilegium prælationis in hypotheca tacita mulieris quoad sua bona dotalia in bonis mariti competit eidem mulieri aduersus alios creditores habentes hypothecam expressam posteriorem in bonis eiusdem *Negusantius dict. memb. 4. part. 2., Baldus, Angelus, & Salicetus in d. l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab., Couarruuias var. resol. lib. 1. cap. 7. num. 1. vers. quarta conclusio, Mantica de tacit. , & ambig. lib. 11. tit. 26. num. 22., Fontanella part. 2. num. 12., Ioannes Angelus Bossius d. c. 18. n. 48.* aduersus *Angelum Aretinum in d. §. fuerat num. 11. instit. de act.*

Probatur primò paritate deducta ex textu *in l. 1. C. rem alien. geren.*, vbi dicitur, quod pupillus habens tacitam hypothecam in bonis tutoris pro administratione suorum bonorum præferatur expressæ posteriori etiam Fisci, ergo etiam mulier habens tacitam hypothecam ratione dotis in bonis mariti præferenda est, quinimmò à fortiori alijs creditoribus habentibus posteriorem, quantumuis expressam. Dixi, *quinimmò à fortiori*, quia ex genere suo potiora sunt iura fisci, quam priuatorum creditorum, vt ex se est manifestum. Consequentia redditur etiam fortior, quia priuilegium vxoris videtur fortiùs quodamodo, quam sit priuilegium pupilli, & in dubio mulier quoad tacitam hypothecam, quando contendit cum fisco, & omnibus alijs, præferri debet, tum fisco, tum alijs, vt est punctualis textus *in d. l. assiduis*, & communiter docent, quod fiscus, & mulier paribus passibus ambulant, & qui prior illorum est in tempore, potior fit in iure *Bartolus in l. 1. ff. solut. matrim. per textum in l. 2. C. de priuil. fisc., Paulus de Castro consl. 394.*, *quamquam multa copiosè in 2. col., Glos. in l. dotis, C. de iur. dot., Bartolus in l. si is, qui ff. de iur. fisci*, quod procedit, quando constat de prioritate hypothecæ, siue tacitæ, siue expressæ inter fiscum, & eandem mulierem; quinimmò etiam quando non constat de tali prioritate, sed dubium est, docent eandem mulierem contra fiscum præferendam esse *Baldus in l. dotis C. de iur. dot. per l. non puto ff. de iure fisci, Nicol. de Neap. in l. 1. ff. sol. matrim., & ibi Socin. col. 2. vers. 4., & vlt. limit.*, & hoc ea ratione, quod mulier in similibus casibus videtur magis priuilegiata; Sed quidquid sit de hoc, infrà clariùs videbimus; pro nunc sufficiat, quod, si tacita mulieris hypotheca sit anterior, vt in casu assertionis, sit præferenda.

Euincitur ex paritate pupilli habentis hypothecam in bonis tutoris.

Fiscus, & mulier paribus passibus ambulāt.

Probatur secundò, quia quamuis iura faciliùs derogent ijs, quæ sua sunt, quam ijs, quæ hominum expresè sunt, ea tamen, quæ hominis sunt, & secundum se posteriora non possunt derogare ijs, quæ iuris sunt, & priora, cæteroqui ex facto hominis de facili derogaretur iuri communi, quod non est absolutè concedendum, ergo per posteriorem expressam hypothecam per creditores initam cum marito non tollitur ius præcedentis hypothecę tacitè inductæ in fauorem vxoris.

Ex facto hominis de facili non derogatur iuri communi.

Alia via procedunt *Negusantius, & Bossius* ad probandam hanc assertionem, ea scilicet ratione, quod, si tacita hypotheca anterior pro dote constituta non esset præferenda posteriori expresæ aliorum creditorum, inutilis penitùs foret quæstio excitata per *glosam in d. l. assiduis, C. qui pot. in* pig.

pig. hab., an scilicet tacita hypotheca posterior pro dote sit præferenda anteriori expressæ, sicuti præfertur tacitæ anteriori, quia, si tacita anterior pro dote non præfertur posteriori expressæ, vtique indubitatum esset, quod præferri non deberet anteriori expressæ, quia non solum pro ipsa militaret expressio, sed etiam anterioritas. Sed facili negotio occurri posset huic rationi afferendo, quod Glosa eam controuersiam excitauit, quia dubium erat de vtraque, & sic voluit decidere in casu hypothecæ anterioris expressæ relinquens postea disputationem alibi definiendam quoad expressam posteriorem; cæterum non ridicula, nec inanis fuit disputatio Glosæ in illo casu, quandoquidem illam proposuit examinandam secundum se præscindendo ab eo, quod esset dicendum in casu posterioris hypothecæ expressæ.

35 Non inutilis est quæstio à Glosa excitata in l. assiduis C. qui pot. in pig. hab.

Etiam si soluta fuerit duntaxat pro parte hypotheca incipit à die dotis promissæ

Ampliat assertionem *Bossius dict. tract. de dote c.* 18. *n.* 49. etiam in casu dotis promissæ parte eiusdem dumtaxat recepta, adeò vt anterior tacita hypotheca pro eadem dote quoad totum sit præferenda expressæ posteriori aliorum creditorum, quantumuis aliam partem dotis maritus recepisset post contractam eandem expressam posteriorem, quod eueniret in casu, quo maritus post promissionem dotis sibi factam, & receptionem partis eiusdem omnia sua bona in fauorem tertiæ personæ creditricis hypothecæ per expressas pactiones subijceret, quod totum expressè habetur *in l.* 1. *ff. qui pot. in pign. hab.*, & ratio ea est, quia hypotheca in bonis mariti pro tota dote, siue tacita, siue expressa cum prælatione incipit à tempore promissæ dotis, non solutionis, vt alibi dictum est.

Excitatur dubium circa præmissa, & resoluitur.

Hic oritur ratio dubitandi, an, cum ex dictis tacita hypotheca posterior pro dote constituta in fauorem vxoris non præferatur anteriori expressæ aliorum creditorum, hoc intelligendum sit quoad bona mariti, quæ habebat pro tempore, pro quo cum creditoribus contraxit expressam anteriorem hypothecam, an verò etiam quoad bona, quæ acquisiuit post illam hypothecam anteriorem contractam, & post contractam tacitam in fauorem mulieris pro sua dote. Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod hypotheca generalis, siue tacita, siue expressa extenditur ad quæcumque bona debitoris hypothecantis, siue præsentia, siue futura per ea, quæ supra commendauimus, adeoque, cum creditores antecedentèr contraxerint hypothecam generalem expressam, videantur acquisiffe ius non solum ad bona debitoris præsentia, sed etiam futura cum exclusione aliorum, qui respectu eorum non habent ius prælationis. Nihilominus sentiendum est, hypothecam tacitam vxoris in ordine ad bo-

36

na acquisita per maritum subsequenter ad talem hypothecam eiusdem vxoris præferendam esse creditoribus, quantumuis anterioribus per hypothecam expressam, & generalem *Peregrinus de iure fisci lib.* 6. *tit.* 6. *n.* 17., *Petrus Barbosa in l.* 1. *part.* 2. *num.* 17., *Gomez ad l.* 50. *Tauri num.* 39. *in fine*, *Iacobus Cancerius var. resol. tom.* 1. *cap.* 9. *num.* 2., *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote d. cap.* 8. *num.* 49. Ratio ex superius dictis deduci potest, quia mulier quoad hypothecam pro dote, & Fiscus quoad tacitas hypothecas sibi competentes paribus passibus ambulant pro superiùs allegata, sed fiscus quoad acquisita post suum contractum, suamque hypothecam præfertur anterioribus habentibus generalem hypothecam expressam *l. si is qui, & ibi Glosa, & Bartolus, ff. de iure fisci*, ergo etiam quoad quæsita post suam hypothecam tacitam mulier est eisdem præferenda. Quamobrem ad rationem dubitandi propositam dicendum est, quod, quantumuis ibi dicta regularitèr teneant quoad priuatos alios contrahentes; fallant tamen in fauorem fisci, & mulieris quoad suam hypothecam dotalem propter allegatum textum.

Fiscus quoad acquisita post suã hypothecam præfertur anterioribus habentibus expressã.

Potior ratio dubitandi consistit in eo, an solummodò mulier pro sua dote sit præferenda cæteris creditoribus anterioribus habentibus hypothecam expressam generalem quoad acquisita per eundem maritum post suam tacitam hypothecam dotalem, an verò etiam quoad quæsita antecedentèr ad illam, sed post contractam expressam generalem hypothecam aliorum creditorum. *Baldus Nouellus in l.* 1. *n.* 159. *ff. solut. matrimonio*, *Mantica de tacit., & ambig. lib.* 11. *tit.* 26. *num.* 9., *Peregrinus de iure fisci tit.* 6. *nu.* 16., afferunt quidem, quod, & si fiscus creditoribus anterioribus hypothecarijs, siue tacita, siue expressa hypotheca non præferatur in acquisitis per debitorem ante eiusdem fisci hypothecam, nihilominus mulier in hypotheca pro sua dote præferatur etiam in acquisitis à marito debitore ante hypothecam pro dote omnibus creditoribus anterioribus, qui habent tacitam hypothecam; sed quoad habentes anteriorem expressam nihil statuunt; sed hæc extensio, quæ fit per præcitatos Doctores non addit quid magis ad ea, quæ superius fuerunt dicta; si enim hypotheca tacita vxoris præfertur cuicunque tacitæ anteriori, non est, cur præferri non debeat quibuscumque acquisitis post ipsam antecedentèr ad tacitam vxoris hypothecam. Quamobrem in terminis proprijs præsentis dubij afferendum existimo, præferendam esse vxorem in sua hypotheca pro dote cæteris etiam creditoribus habentibus expressam hypothecam quoad 37

acqui-

Preferenda etiam est quoad quæsita antecedentèr ad propriā hypothecam subsequentèr tamen ad expresſā aliorum.

acquisita post illam, licet antecedentèr ad hypothecam tacitam mulieris, Ratio huius extensionis ex eo deducitur, quia ius illud *in d.l. si is, qui ff. de iure fisci*, quod derogat iuri communi, & regulari tribuenti generali hypothecæ actionem ad bona debitoris, tam præsentia, quàm futura in causa fisci, & mulieris ex paritate rationis quoad sua bona dotalia videtur restringere ius creditorum in prædictis causis priuilegiatis solummodò ad bona existentia tempore contractus, & expresſæ hypothecæ generalis; neque arbitrandum est, quod priuilegium mulieris debeat tantum incipere a tempore, quo eidem mulieri incipit ius per contractum dotalem, præcipuè cum versemur in correctorijs, quæ non sunt extendenda, sed potiùs limitanda, vt minus, quam fieri possit, fiat discordantia ab eodem iure; non inquam, arbitrandum est, quia, ex quo expresſe facta est limitatio per dispositionem iuris quoad acquisita post tempus acquisitæ hypothecæ per eandem mulierem ratione dotis, & ex quo per præcitatos Doctores hæc dispositio iuris extenditur etiam in fauorem mulieris ad bona acquisita etiam antecedentèr ad propriam hypothecam, & post contractam tacitam cum alijs creditoribus, non video, cur etiam non debeat extendi in fauorem eiusdem ad bona acquisita antecedentèr ad propriam hypothecam, licet subsequenter ad hypothecam expressam aliorum creditorum; dato enim, quod semel in fauorem eiusdem mulieris hypotheca expressa aliorum creditorum, & anterior non extendatur ad omnia futura, non video, cur intercedente eadem causa fauorabili dotis non debeat restringi ad sola præsentia pro tempore, quo contracta est expressa hypotheca anterior in fauorem eorundem creditorum.

Hypotheca expressa aliorum in concurrentia causæ dotalis restringitur ad bona existentia tempore dictæ expresſæ generalis

38 Pro complemento eorum, quæ sub hac assertione agitari possunt, inquirunt hic aliqui, an in controuersia, quod illa bona fuerint acquisita post expressam hypothecam anteriorum creditorum, an verò, antecedentèr ad illam, onus probandi pertineat ad ipsam mulierem contendentem fuisse post acquisita, an verò ad creditorem anteriorem contendentem fuisse bona illa antecedenter quæsita. Generalis regula est, quod asserenti incumbat onus probandi fundamentum suæ intentionis, non neganti, vnde, si mulier agat contra priuatum creditorem anteriorem ad illa bona, ipsa debet probare, in quo se fundet, si verò priuatus agat contra eandem mulierem, ipse debet probare, prout latè probat *Peregrinus de iure fisci tit.6.num.19, & Cancerius var. resol.tom.1.c.9*, quamuis *Petrus Barbosa in l.1.part.2.nu.17.*, asserat mulieri agenti pro sua dote non incumbere onus probandi, quod illa bona fuerint quæsita

Onus probandi spectat ad actorē in causa.

post, cum in dubio sit præsumendum in fauorem dotis, atque pro hoc allegat *Glossam in l. penult. C. de peric. tut.*

Assertio V. Stante statuto, quod tacita hypotheca, quæ ex iure communi consurgit in aliquibus contractibus habeatur pro expressa, perinde, ac si in instrumento esset posita, & supposito, quod aliquis antecedentèr ad dotem, seu hypothecam dotalem contraxerit cum marito, tunc verè tolleret priuilegium prælationis, quam habet vxor in bonis eiusdem mariti ratione suæ tacitæ hypothecæ posterioris pro sua dote *Romanus cons. 147.*, *Alexander cons.58.vol 7.*, *Negusantius de pign. memb.4. part.2.num.97.* aduersùs *Manticam de tacit. & ambig. lib. 11. tit.11. num. 6., & tit.26. nu. 41., & Ioannem Angelum Bossium de dote d. cap.18. num. 57*, qui plures alios pro se allegant.

Probatur primò, quia statuto potest induci tacita hypotheca cum priuilegio prælationis etiam respectiuè ad dotem, vt expresſe admittunt idem *Mantica lib. 11. tit. 17. nu. 7.*, & *Bossius loc. cit.*, & tunc talis hypotheca haberet eundem effectum etiam respectu dotis, quem habet expressa anterior, sed posito statuto, quod tacita hypotheca in aliquibus contractibus habeatur pro expressa, perinde, ac si in instrumento esset posita, per hoc inducitur tacita hypotheca cum iure prælationis respectiuè etiam ad dotem, ergo &c. Minor probatur, tum quia illa clausula, *quod habeatur pro expressa* non potest quid aliud operari, nisi inducat illud ius prælationis, tum quia illa clausula *perindè, ac si in instrumento esset posita*, eandem omninò vim tribuit, ac si verè esset posita in instrumento, sed, si verè esset posita in instrumento, haberet illud ius prælationis etiam respectiue ad hypothecam tacitam dotis posteriorem per ea, quæ superiùs probata sunt, ergo &c.

Statutum potest efficere, quod hypotheca tacita præferatur hypothecæ dotali.

Particula perindè idem importat, ac si res verè esset posita.

Dices primò, aliud esse haberi pro tali, aliud esse formaliter tale *Glosa in l. mercis appellatione, ff. de verb. signific.* iura autem præferunt solum hypothecam anteriorem formalitèr expressam, potissimum cum hypotheca statutaria, de qua est sermo in præsenti, vtpotè quæ nullis verbis contrahentium concepta, sit attenta veritate tacita. Adde vlteriùs, quod iura præferentia tacitam hypothecam posteriorem in fauorem dotis alijs tacitis aliorum creditorum anteriorum dicuntur solummodò non derogare ijs, quæ sunt per factum contrahentium inducta, benè autem ijs, quæ iuris sunt; æquè autem iuris sunt, quæ inducuntur, siue per ius commune, siue per municipale. Sed contra fateor, quod in re id, quod habetur pro tali, non sit formalitèr tale, sit tamen tale equiualentèr quoad ef-

Id, quod habetur pro tali, est tale æquiualenter quoad effectum.

fectum

fectum, & sicuti, si contrahentes ipsi inter se conuenirent, quod aliquid, quod non sit formalitèr tale, habeat vim talis, vtique hoc eandem vim, & priuilegia sortiretur, ac, si esset formalitèr tale, prout adiudicauit Excellentissimus Mediolani Senatus in quadam causa Vigletij contrà Ghislanzonum sub die vlt. mensis Augusti 1658. referente Illustrissimo Patelano in causa singraphæ sine vlla expressione hypothecæ cum sola clausula, *che vaglij anche per lettera di cambio*, in qua decisum fuit, quod, quantumuis illa singrapha non esset formalitèr litera cambij, haberet tamen omnia priuilegia, & hypothecam, ac si esset formalitèr litera cambij; ex quo à paritate potest deduci efficax ratio ad instantiam eruendam; neque obesse potest id, quod subditur, quod scilicet remaneat secundum rei veritatem talis hypotheca in esse tacito præcisè, cum contrahentes non habuerint circa illam vllum pactum, seu conuentionem; non, inquam, obesse potest, quia, licet quoad esse formalitèr expressum non possit haberi, nisi per expressas contrahentium conuentiones, quoad esse tamen æquiualentèr, & quoad effectum, haberi potest, siue per eorundem pactiones, siue per dispositionem iuris, siue communis, siue municipalis, &, sicuti, si ius municipale disponeret etiam expressè, quod hypotheca in similibus contractibus præualeret etiam in casu dotis, auctoribus etiam contrariæ sententiæ non reluctantibus vtique haberet prælationem etiam quoad eandem dotem, & tamen in eo casu illa hypotheca non esset contracta per factum contrahentium, seu per eorum expressas pactiones, ità etiam, si ius mancipale disponat, quod hypotheca in similibus contractibus perindè se habeat, ac si esset expressa, cum expressa præferatur etiam tacitæ hypothecæ in ordine ad dotem, non est, cur non debeat sortiri effectus, quos sortitur expressa; neque quoad hoc debet officere, quod nullum factum, seu pactio hominis interuenerit, sicuti non officit, quod non interuenerit in primo casu, quo statutum etiam disponeret de tali hypotheca respectiuè ad dotem. Ad id, quod additur, dicendum est, quod, quamuis iura secundum se non derogent nisi ijs, quæ sua sunt, non quæ sunt hominis, nisi fiat expressio; ex hoc tamen non sequitur, quod, si aliquid ex dispositione iuris sit tale, ac si esset factum hominis, eidem non deroget, ac si esset factum hominis, præcipuè cum iura municipalia quãdoq; derogent iuri cõmuni.

Ex paritate res euincitur per iudicata per Excell. Mediol. Senatum

Dices secundò, statutum generale disponens non facta mentione de dote non extenditur ad eandem dotem, seu in præiudicium eiusdem, maximè in casibus, in quibus est specialitèr priuilegiata *l. 1. §. si quæ verò pragmaticæ sanctiones C. de Iustiniano Cod. confirm. ante lib. 1. Cod., & ibi Paulus de Castro num. 5., Bartol. in extrauag. ad reprimendum verb. non obstantibus num. 11.*, ergo non obstante tali statuto volente talem creditorem hypothecam habere pro expressa, adhuc tacita hypotheca mulieris erit præferenda, perinde, ac si tale statutum in ordine ad ipsam nihil disponeret. Sed contra, quia, si contrahentes inter se conuenirent de expressa hypotheca antecedentèr ad tacitam hypothecam pro dote, etiam si in tali conuentione inter ipsos nulla facta esset mentio de dote, adhuc essent præferendi ipsi contrahentes ratione eiusdem in bonis debitoris, vt est in confesso apud ipsos etiam aduersarios, ergo etiam, si statutum disponat de expressa hypotheca in genere talium contractuum nulla facta mentione de dote, adhuc illa hypotheca, si fuerit anterior, erit præferenda tacitæ pro eadem dote. Consequentia probatur, quia statutum in dato casu per se ipsum in fauorem contrahentium præstat id, quod ipsi præstitissent per suas pactiones. Deindè, si hæc instantia valeret, valeret quoq; quod statutum generalitèr disponens non extenderetur ad quoscunque casus priuilegiatos in quocunque genere, nisi ipsorum fieret specialis mentio, sicque frustatoria, & inutilis foret illa clausula statutaria, quod illa hypotheca habeatur pro expressa perindè, ac si posita esset in instrumento.

39 Statutum præstat id in fauorem contrahentium, quod præstarent ipsi contrahentes

Probatur secundò, quia statutum, præcipuè, si disponat in aliquo genere æquiparatur pacto, quod præcipue verificatur, quando ius municipalia statuit id, quod inducit ipsum pactum, quod præcipue verificatur in casu præsentis hypothesis, secundum quàm dicitur, quod perindè res se habeat, ac si esset pactum expressum; sed, quandò adsunt pacta expressa, hypotheca prior præfertur tacitæ posteriori etiam dotali, ergo etiam, quandò est statutum specialitèr ita disponens.

Statutum æquiparatur pacto.

Assertio VI. Regularitèr loquendo concurrentibus duobus instrumentis altero dotis, cui inest ex dictis tacita hypotheca legalis, altero v.g. mutui, cui ex partium conuentione inest expressa hypotheca in omnibus bonis mutuatarij, in dubio quodnam ex illis sit prius, cum fuerit vtrumque eadem die confectum, præsumendum est in fauorem instrumenti pro dote confecti *Mascardus de probat. concl. 575. nu. 1., Tuscus lit. D. concl. 742. num. 8., Baldus, Angelus, Immola in l. 1. ff. solut. matrim., Surdus decis. 298. num. 6., Salgado in labyrint. credit. concur. part. 2. c. 4. num. 163., Ioannes Angelus Bossius de dot. cap. 2. num. 118., & cap. 9. num. 143., & c. 18. n. 55.* 40

Probatur hæc assertio ex textu *in l. in ambiguis, ff. de iur. dot.*, vbi habetur, quod in ambiguis pro dotibus respondere melius

est;

In ambiguis pro dotibus respondere melius est. est; atque hoc priuilegium asserit esse ex vna parte speciale pro dote, ex alia illud extendit, ità vt procedat non solum in fauorem mulieris agentis ad restitutionem dotis, sed etiam in fauorem viri agentis pro dote constituta soluenda *Mascard. d. concl. 575. num. 1.*, & licet idem *Mascardus ibidem ex l. in ambiguis ff. de iur. dot.*, asserat, quod hoc priuilegium concessum sit principalitèr propter mulierem, non tollitur tamen, quin sit constitutum pro dote, & vir agens ad dotem constitutam consequendam agit etiam in fauorem mulieris, cum in ipsius vtilitatem resultet.

41 Priuilegium dotis praeualet Fisco. Amplia primò, vt non solum procedat, quando agitur inter mulierem pro dote, & alium priuatum pro mutuo, sed etiam, quandò agitur inter eandem mulierem ex causa dotis, & inter Fiscum, cum dotis priuilegium sit fauorabilibus, quam Fisci per ea, quae tradunt *Mascardus de probat. loc. cit.*, *Salgado in labyr. credit. concur. c. 4. n. 169.*, quod etiam suprà nos firmauimus.

42 Amplia secundò, quod non solum procedat, quando dubium resultat ex duobus instrumentis confectis pro eadem die, & non constat de prioritate, vel posterioritate alterius, sed etiam, quando nullo extante instrumento resultat ex dictis testium super hoc examinatorum, qui concludunt pro eadem die constitutam esse dotem, & solutam, & mutuum factum, non tamen concludunt pro anterioritate, vel posterioritate alterius *Mascardus d. concl. 575. nu. 3.*, *Ripa l. 1. num. 12. ff. solut. matrim.*, *Baldus Nouellus de dote part. 9 priuil. 2.*, *Ioannes Angelus Bossius d. cap. 9 nu. 147.*, nec incongrua sane ratione, quandoquidem hypotheca, seu priuilegium prelationis non est affixum instrumento, sed talibus contractibus, & instrumentum ipsum non est aliud, quam probatio talium contractuum, quae probatio aeque haberi potest per testes.

Priuilegium nō est affixū instrumento, sed contractui.

Dixi in assertione *regularitèr loquendo*, nam praefatū priuilegium concurrentibus aliquibus conditionibus nonnullas admittit limitationes, & restrictiones, & primò.

43 Limita in casu, quo duo praedicta instrumenta dotis scilicet, & mutui essent quidem cōfecta ab eodem Tabellione in eadem die, sed ex ordine protocolli dignosceretur prius fuisse confectum instrumentū mutui, quam dotis, quia prius scriptū praesumitur prius confectum, cum contractus prior in scriptura praesumatur prior in tempore *Mascardus loc. cit.* per textum *in l. quoties, ff. de vsufruct*, *& l. si communis sensus, ff. de stipul. seru.* Aduertit tamen, quod, si in instrumento mutui esset apposita hora, quae confectum est instrumentum, non sic in instrumento dotis sit praesumendum pro anterioritate mutui *Negusantius de pig. memb. 4 part. 2. n. 109.*, *Socin. in l. 1 ff. solut. matrim.*

Contractus prior in scriptura praesumitur prior in tempore.

Limita secundò in casu, quo in vno ex his instrumentis esset habitus, in alio verò priuatio eiusdem habitus, quia tunc praesumeretur pro instrumento praeferente habitum, & ratio fundatur in naturae ordine, secundum quem priuatio praesuponit habitum, quo priuat. *Negusantius loc. cit. d. num. 109.* 44

Limita tertiò in hypothesi, qua scriptura pro mutuo esset publica, scriptura verò pro dote esset priuata per ea, quae notat idem *Negusantius loc. cit.* per textum *in l. scripturas, C. qui pot. in pig. hab.*, tunc etenim ille, in cuius fauorem esset scriptura publica, esset praeferendus propter pre umptam anterioritatem ex fictione, seu dispositione iuris sic praesumentis ob maiorem efficaciam scripturae publicae suprà priuatam. 45 Praesumitur pro publica.

Limitant quartò nonnulli in hypothesi, secundum quam ille, qui habet instrumentum mutui possideret rem hypothecae subiectam pro mutuo ex generali regula, quod in dubio melior sit conditio possidentis. Sed fallit haec regula in causa priuilegiata dotis per ea, quae commendant *Coaruuias var. resol. lib. 1. c. 16 num. 7. ad fin.*, *Peregr. de iure fisci tit. 6 nu. 28.*, *Petrus Barbosa part. 2. nu. 3. vers. amplia 3.*, *& alij apud eundem* per textum *in cap. ex litteris in fin. de probat.*, vbi dicitur, quod, licet regularitèr pro possessore adiudicetur, fallat tamen, dum agitur de libertate, vel etiam de dote, quod etiam confirmat *Peregrinus loc. cit.* per textum *in cap. fin. de re iudicat.*, *& in l. inter partes ff. eod.*, *& in l. 1. C. de iure Fisci lib. 2.*, per quae respondetur ad obiecta, quod scilicet ea procedant dumtaxat, dum dubium, & controuersia est inter priuatos, & non priuilegiatos, vel inter priuilegiatos adinuicem, secus quando inter priuatum possidentem, & alterum priuilegiatum potissimum in causa dotis, quae est prae caeteris priuilegiata etiam in concursu cum fisco per ea, quae superiùs dicta sunt. 46

Vbi agitur de libertate, vel de dote possessor non habet meliorē partem.

Assertio VII. Inter Fiscum, & vxorem ratione suae dotis quoad prelationem regularitèr seruatur prioritas, & posterioritas temporis *Negusantius de pig. memb. 4. part. 2.*, *Mantica de tacit.*, *& ambiguis conuent. lib. 11. tit. 26. n. 5.*, *Petrus Barbosa in d. l. 1. par. 2. num. 12. in princip.*, *& num. 16. vers. retenta*, *Augustinus Barbosa ad d. l. dotis C. de iur. dot.*, *Molina de iust. disp 438. n. 5.* 47

Haec assertio expressè constat *ex l. 2. C. de priuil. fisci lib. 10.*, & vlteriùs a posteriori sic euincitur, quia, si pari passu non procederent hypotheca fisci, & mulieris ratione suae dotis, frustratoria, & inutilis esset controuersia, quam excitant Doctores, an in dubio prioritatis, & posterioritatis sit praeferenda mulier in bonis mariti, an fiscus creditor in eisdem, si enim inter ipsos non ser-

Euincitur ratione à posteriori.

ser-

seruaretur æqualitas inter prioritatem, & posterioritatem, posset, qui posterior est, & priuilegiatus præferri non obstante alterius non ità priuilegiati anterioritate. Cum igitur constante de prioritate vnius, vel alterius præferatur, qui prior est, consequens est, vt adinuicem æqualitèr comparentur. Ex quibus fas erit deducere, quod, si hypotheca tacita dotis sit prior illa fisci sine aliqua hæsitatione sit præferenda *d.l.2.C.de priuil.fisci, & l.dotis, C.de iure dotium, Gratianus discept.forens. tom.5.c.994. num.8.*

Hinc sequitur, quod, si mulier ratione suæ dotis per hypothecam tacitam legalem antecedentèr acquisierit ius in bonis mariti, ac acquisierit fiscus, & subsequentèr ad hypothecam fisci maritus alia bona acquisierit, etiam in bonis per eundem maritum subsequentèr acquisitis sit eadem mulier præferenda pro recuperanda dote, *Iacobus Cancerius var. resol.part.1. c.9.n.3., Petrus Barbosa d.part.2.num.12.vers.præsumitur ex generalitate, Ioannes Angelus Bossius d.c.18. n.66.*, quia hypotheca mulieris est magis priuilegiata, quam hypotheca fisci.

Assertio VIII. Regularitèr loquendo hypotheca tacita vxoris in bonis mariti pro recuperanda dote (excepta illa fisci) præfertur alijs hypothecis tacitis anterioribus priuilegiatis *Salicetus in auth.quo iure, & ibi Petrus à Bellapertica C.qui pot. in pig. hab., Negusant.de pign.memb.2.part.5.n.16., Coaruuias var.lib.1.c.7.n.3. vers.hoc ipsum, Ioannes Angelus Bossius dict. cap. 18. num.77.*

Probatur assertio ex regula generali contenta *in dict.l.assiduis, C. qui pot. in pign. hab.*, quæ licet solum videatur indicare, quod hypotheca tacita vxoris præferatur alijs tacitis aliorum creditorum anteriorum sine expressione, quod illi sint in talibus hypothecis anterioribus, & tacitis priuilegiati, nihilominus tamen, quia tale priuilegium quoad dotem est indefinitè conceptum sine vlla restrictione, intelligendum est in ordine ad omnes tacitas anteriores, excepta illa fisci, ità vt omnibus præferatur, & hoc vtique sentiendum est, secus fieret correctio iuris *in d.l.in ambiguis, ff.de iure dot.*, quę vtique vitanda est etiam, quando versamur in dubijs, per ea, quæ habent *Negusantius d.memb.2.part.5.n.16., Ioannes Angelus Bossius de dote d.c.18.n.77. in fin.* — Vitanda est correctio iuris.

Hinc sequitur primò, quod mulier habens tacitam hypothecam posteriorem in bonis mariti ratione suæ dotis recuperandæ sit præferenda creditori anteriori habenti tacitam hypothecam ratione mutui præstiti ad reficiendam domum, nauim, aliaque ædificia, & vtique etiam quoad domum, aliaque ædificia refecta, restaurata, & etiam empta. Ità expressè sentit *Negusantius loc. cit., Salicetus in auth. quo iure, C. qui pot. in pign. hab.* quidquid in contrarium senserit *Baldus Nouellus in tract. dotis part. 10. col. 11. limit. 14.* propter eandem rationem, ne scilicet inducatur correctio *d.l.assiduis* pręcipuè, quia in dubijs iudicandum est pro dote *l.in ambiguis ff.de iure dot.* & ità expressè tenet *Iason in l.creditor. verb. quid autem, si mutuauit pecuniam, ff., si cert. pet.*, adducitque rationem *Negusantius loco quo suprà*, quia scilicet mutuans ad refectionem non præfertur alij habenti tacitam hypothecam priuilegiatam in personalibus *Bartolus in l.interdum, ff. qui pot. in pign. hab.* mulier autem in dote vltrà tacitam hypothecam habet etiam priuilegium prælationis in actionibus personalibus *l. vnica, & ibi Glos., & Doctores, C. de priuil. dot.* — In dubijs iudicandum est pro dote. — Mulier habet prælationem in actionibus personalibus

Sequitur secundò, quoad reliquas omnes tacitas hypotheeas inductas a iure, nisi in aliquibus sit specialis exceptio, quantumuis anteriores præferendam esse hypothecam mulieris pro sua dote recuperanda propter rationem superiùs adductam, sicque in specie præferenda esset in bonis tutoris, & curatoris, quantumuis hic intelligatur tacitè antecedentèr obligatus pro administratione bonorum pupilli, filijsque familias, quod intellige in alijs similibus, quæ enumerare congruum non est. — Intellige quoad alias omnes hypothecas tacitas.

Dixi, *regularitèr loquendo*, quandoquidem videtur vnus, vel alter casus specialitèr in iure exceptus, & præcipuè est casus mutuationis factæ ad militiam emendam, in quo mulier habens hypothecam tacitam posteriorem ratione dotis non habet priuilegium prælationis aduersus mutuantem habentem hypothecam tacitam anteriorem ratione pecuniæ mutuatæ ad emendam eandem militiam iuxtà textum *in l. fin., & auth. ibi posita, C. de pign., & in auth. quo iure, ff. qui pot. in pign. habeantur*, vndè inter mulierem in hypotheca dotis, & mutuantem marito ad emendam militiam obseruanda est regula, quod prior tempore sit etiam potior iure. Aduertendum tamen est iuxtà nonnullos Doctores, adhoc, vt mutuans habeat tale priuilegium, & pari passu ambulet cum muliere ratione suæ dotis, debeat mutuasse expressè, & nominatim ad emendam militiam, cæteroquin hoc priuilegiatus non esset, prout notat *Negusantius, & cum eo alij*. Alter est casus in causa primipili, in qua fiscus pro primipilatu exigendo ab illius administratoribus habet priuilegium prælationis aduersus mulierem intuitu suæ dotis, quantumuis in hypotheca fuerit anterior ratione temporis, hocque ob eam rationem, quod in hoc casu videatur agi de vtilitate publica principalitèr, in casu verò dotis solum — Priuilegium militiæ ęqui ponderat priuilegio dotis. — Debet mutuasse expressè ad emédam militiam. — Fiscus pro primipilatu habet in paritate priuilegiũ prælationis.

de vtilitate publica secundariò. Expressè euincitur ex textu *in l. satis notum, C. in quib. caus. pign. tacit. contrah.*, *& l. vtilitas, C. de primipilo lib. 12.*, hocque sustinent Doctores communitèr relati *à Ioanne Angelo Bossio de dote c. 8. n. 185., & 186.* Quid autem veniat nomine primipili explicat latè Bossius diuersimodè iuxtà varia Doctorum placita, & secundum varia tempora, in quibus pro diuersis muneribus, & officijs diuersimodè sumebatur. Omissis diuersorum temporum diuersis acceptionibus, quæ pro hoc tempore non faciunt ad rem, absolutè affero, pro hoc tempore sumi primipilum pro primo administratore erarij Principis pecuniarum fiscalium, & Camerarij, seu camerlingi generales, Thesaurarij, & depositarij Principis appellantur *Baldus in d. l. satis notum, C. in quib. caus. pign. tac. contr. Angelus in l. 1. C. de priuil. fisc., & in l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab., Martin. Laud. de fisco qu. 214, Peregrinus de iur. fisci lib. 6. tit. 6. n. 43.*

Quid veniat nomine primipili.

53

Pro complemento solum hic remanet explicandum dubium, quod excitant nonnulli Doctores in ordine ad mutuatam pecuniam ad reficiendam domum, ædificiũ, aliaque similia deductum *ex auth. de æqualitate dotis, §. hic consequens verb. posterior C. qui pot. in pign. hab.*, vbi dicitur, quod posterior creditor ex mutuo dato ad conseruationem, & refectionem non præferatur tacitæ dotis hypothecæ anteriori, ergo, si ille creditor ex mutuo esset prior, & anterior ad dotis hypothecam, esset illi præferendus; dum enim Imperator expressè dicit, quod non sit præferendus ille creditor, si fuerit posterior, videtur ex consequenti dicere, quod sit præferendus, si fuerit prior. Nihilominus erit facilè respondere, si afferatur, quod Imperator in eo textu sit intelligendus de mutuante habente posteriorem hypothecam expressam in re refecta, adeò, vt dicat, quod habens hypothecam expressam in re refecta non sit præferendus mulieri habenti tacitam anteriorem, vndè comparauit hypothecam expressam creditoris ex mutuo, in quo poterat esse dubium, ad hypothecam tacitam anteriorem mulieris ex dote, in quo sensu definiuit illum creditorem non esse præferendum. Cæterum non vertit in dubium id, quod iam erat antecedentèr decisum, quod scilicet hypotheca tacita mulieris, quantumuis posterior præferatur tacitæ anteriori aliorum creditorum.

Dubium excitatũ, illudque solutum.

SECTIO V.

An dos sit præferenda impensis funeris mariti.

Sensus difficultatis hic est. Constituta iam dote, eaque soluta marito in fauorem mulieris maritus constante matrimonio expensas plurimas fecit, ex quibus, si non decoxit, in miserum saltem statum deuenit, postea mortuus est. Agente postea vxore ad repetitionem dotis, cum bona per maritum relicta non essent sufficientia, tam pro dote, quam pro expensis moderatis funeris, & exequiarum facta fuit exceptio aduersus eandem, quod prius ex bonis mariti deducendæ essent expressæ funeris, vtpotè habentes priuilegium prælationis suprà quodcunque creditum ex quacunque causa, quantumuis fuerint posteriores. Qua in controuersia *Baldus Nouellus in l. 1. n. 149 vers. 9. ff. solut. matrimonio* expressè asseruit dotem, & expensas esse æquè priuilegiatas, adeoque huiusmodi expensas contra dotem non habere priuilegium.

Refertur status præsentis controuersiæ.

Vt clariùs hac in re procedamus iuxtà varias comparationes examinanda, & dirimenda est controuersia; iuxtà quas inquiri primò potest, an expensæ funeris, quæ certè habent tacitam hypothecam, præferendę sint cuicunque alteri credito, ex quacunque causa habenti tacitam hypothecam anteriorem. Secundò, an etiam sit præferendæ iuri dotis habenti tacitam hypothecam anteriorem. Tertiò, an etiam præferendæ expressę hypothecæ anteriori pro dote. Quartò, an cuicumque alteri expressæ anteriori ex quacunque alia causa.

Variæ rationes dubitãdi.

Assertio I. Expensæ funeris præferendæ sunt cuicunque alteri credito habenti tacitam hypothecam anteriorem. Ità communitèr sentiunt Doctores *Glosa in l. assiduis verb. habent, C. qui pot. in pig. hab., Socin. Iun. in l. 1 num. 64. ff. solut. matrim., Neguſantius de pign. memb. 2. part. 5. nu. 28., Amator Rodriquez de concursu cred. p. 1. art. 3. n. 2. Cancer. var. resol. tom. 1. c. 9. n. 9.* 54

Hæc assertio vim habet *in l. fin. §. in computat. C. de iure delibe., & in l. sed, & si quis, §. 1. ff. de relig. & sumpt. fun., & in l. pen. ff. eod. tit.*, vbi dicitur, quod impensa funeris præcedat omnes æs alienum, quod quidem valdè congruit æquitati, publicæ vtilitati, & pietati.

Amplia, vt non solum procedat quoad expensas funeris moderatas, sed etiam quoad expensas necessarias in vltima infirmitate, & curatione factas, quandoquidem huiusmodi expensæ ob infirmitatem æquiparantur expensis funeris, cum ipsa infirmitas ad mortem sit initium eiusdem 55

Expensæ quoad infirmitatem æquiparantur expensis funeris.

Bal.

Baldus in l. restituenda, C. de princ. hared., Alexander, & Iason in l. fin. §. in computatione, C. de iure delib. De hoc latè scribunt *Cancerius var. resol. tom. 1. cap. 9., Amator Rodriq. de coucurs. cred. part. 1. art. 3. num. 10.*

Assertio II. Expensæ funeris præferuntur etiam tacitæ hypothecę anteriori, quam habet mulier pro dote *Negusantius de pignor. 2. memb. part. 5. num. 28., Ioannes Angelus Bossius de dot. cap. 18. num. 87. vers. communis verò sententia, Gomez ad l. 30. Tauri vers. item, Amator Rodriq. de concursu cred. part. 1. art. 3. num. 2., Angel. de Aret.*
56 *instit. de leg. falcid. §. fin. in 2. not.*

Impensæ funeris excedunt omne creditum

Habet vim hæc assertio in præallegatis iuribus in præcedenti assertione, & præcipuè *in d. l. penult. ff. de Relig., & sumpt. fun.*, vbi dicitur, quod impensa funeris excedat omne creditum; ly autem *omne* nihil excludit *l. à procuratore, C. mandati cap. si Romanorum 19. dist.*, neque in hoc audiendus est *Baldus Nouell. in tract. dotis part. 10. col. 11. lim. 9.* asserens, quod per ly. *omne*, intelligatur, quidquid non est specialitèr exceptum, & propterea, quod generalia fauore dotis restringantur, vt causam dotis non compræhendant per textum *in l. fin. C. de iure dot.*, non, inquam, audiendus est, quia, cum versemur in causa maximè pia, & publicæ vtilitatis, & honestatis, ad quam præmouent nedum iura ciuilia, & canonica, sed etiam ius Diuinum, & naturæ, si non præceptiuè, saltem consultiuè, non videtur posse habere locum restrictio allata per Baldum in causa dotis, quandoquidem causa huiusmodi funeris, vtpote maximè pia debet præualere.

Causa funeris est causa maximè pia, & præferenda.

57 Assertio III. Expensæ moderatæ funeris debent præualere cuicunque hypothecæ anteriori etiam expressæ, & etiam ex causa dotis. Ita sentire videtur *Gomez ad l. 30. Tauri, Antonius Picchardus in §. cum autem ratio instit. de leg. falcid., Cancerius var. resol. tom. 1. cap. 9. num. 9., Amator Rodriq. de concursu creditorum part. 1. art. 3. num. 4. vers. cæterum contrariam sententiam*, à quibus non dissentiri videtur *Ioannes Angelus Bossius de dote cap. 18. num. 87.* aduersus *Negusantium d. memb. 2. part. 5. num. 28.*

Ratio ex eo deduci potest, quod ipsa naturalis pietas, quæ vtique præualere debet cuicumque iuri positiuo, ità est indita humanis cordibus, vt erga defunctorum corpora ipsa natura impellente præstent spiritualia obsequia, vndè, & ipsi ethnici consueuerunt corporibus exequias præstare, aliaque pia munera præbere, ad quod etiam ius Diuinum videtur impellere; hisq; omnibus conformari etiam videtur ius canonicum, & ciuile, ergo concurrente duplici iure altero præbendi consuetas, & ecclesiasticas exequias corpori mariti defuncti, altero restituendi dotem, aliaque debita, quibus est annexa hypotheca expressa, quantumuis anterior, præferri debet ius exequiarum.

Naturalis pietas præualet cuicunq; iuri positiuo.

SECTIO VI.

Quomodo quoad ius prælationis haberi se debeant duæ mulieres, seu eiusdem hæredes in ordine ad eundem maritum, seu bona eiusdem.

Titulus examinari potest, vel secundum se præcisè, scilicet non considerato, quod res vnius, vel alterius mulieris in indiuiduo existant, vel facta suppositione, quod res, vel per vnam, vel per aliam mulierem marito traditæ existant. Rursus in suppositione, quod res per vnam ex mulieribus traditę existant, vel fuerunt traditæ cum æstimatione, seu æstimatæ, vel sine æstimatione, seu non æstimatæ; Quibus pro claritate suppositis sit

Refertur status cõtrouersiæ

Assertio I. Priuilegium prælationis concessum mulieribus quoad suas dotes *in l. assiduis C. qui pot. in pig. habeantur* non competit secundum se vni mulieri aduersus alteram in bonis mariti ad suam dotem repetendam, sed seruanda est reg. *c. qui prior. de reg. iur. in 6., Negusantius de pign. membr. 2. part. 5. num. 22., & membr. 4. part. 2. num. 96., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 26. num. 37., Petrus Barbosa in l. 1. part. 6. nu. 25. vers. vlt. ff. solut. matrim., Amator Rodriquez de concur. cred. part. 1. art. 1. num. 17. vers. rursus, Cancer. variar. resol. tom. 1. c. 9. num. 34., Molina de iust. tract. 2. disp. 438. n. 8.* 58

Expressè colligitur assertio *ex d. l. assiduis §. exceptis, C. qui pot. in pign. habeantur*; vbi sic legitur. *In præsenti autem similem eis prærogatiuam seruamus, ne, quod posteriori datum est vxori, hoc anteriori denegetur.* Hoc idem etiam habetur *in auth. vt exactione instante dotis, § his igitur collect. 7. constit. 5.*, & quidem huiusmodi iura certis rationibus innituntur, quandoquidem inter æquè priuilegiatos prioritas temporis multum debet conferre ad prælationem.

Inter æqui priuilegiatos prærogatiua temporis multum prodest.

Assertio II. Si res secundæ vxoris in indiuiduo adhuc existant, mulier secunda, quantumuis tempore posterior in ordine ad illas, præferenda est primæ, eiusque hæredibus *Glosa, Baldus, Salicetus in l. in reb. C. de iur. dot., Mantica lib. 11. tit. 26. n. 42., & seqq., Negusantius dict. memb. 2. quinta part. num. 22., & 4. membr. 2. part. n. 97., Ioannes Angelus Bossius de dot. dict. cap. 18. num. 90.* 59

Expressè colligitur *ex l. in rebus dotalibus, C. de iur. dot.*, vbi sic legitur. *In rebus dotalibus, siue mobilibus, siue immobilibus, seu se mouentibus, si tamen extant, mulierem in his vendicandis omnem habere post dis-*

 so-

solutum matrimonium prærogatiuam iubemus, neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vendicare, ibique redditur ratio, quia *eadem res ab initio vxoris fuerunt, & naturalitèr in eius permanserunt dominio*, ibique subdit Glosa, nam si iuris subtilitate maritus rerum dotalium Dominus efficiatur, mulier tamen iure naturali, & rei veritate inspecta dominium earum rerum habet. Hoc idem videtur euinci *in d. auth., vt exactione stante dotis ad medium, & in l. fin. C. qui pot. in pign. hab.*, vbi sic legitur, *si quid ex rebus ipsius dotis appareat, mulieri, cui in rem actio competit, vel filijs eius seruetur*;

Dominiũ rerum dotalium permanet naturalitèr penes vxorem.

Res semper clamat pro Domino.

Nec incongruæ rationi huiusmodi iura innituntur, quandoquidem, cum res illa maneat sub dominio mulieris, seu eius hæredum pro ipsa, seu pro ipsis semper clamat priuatiuè quoad quemcunque alium creditorem.

60 Assertio III. Si res secundæ vxoris adhuc maneant, & traditæ fuerint inæstimatæ, potest eadem secunda vxor, vel eius hæredes agere ad easdem repetendas rei vendicatione, si verò traditæ fuerint æstimatæ actione hypothecaria, *Glosa in d. l. in rebus C. de iure dot., Ioannes Angelus Bossius de dote d. c. 18. n. 90.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod, cum res illæ non fuerint traditæ cum æstimatione non faciente æstimationem ipsam venditionem, adhuc inspecta rei veritate, & iure naturali remanent sub dominio eiusdem mulieris, nec transeunt in patrimonium mariti, ergo dissoluto matrimonio poterit eadem vxor, vel eius hæredes easdem rei vendicatione repetere. Consequentia tenet, quia Dominus dissoluto contractu, ratione cuius rem suam apud alium ex conuentione detinebat, potest rem suam à cuiuscunq; manibus vendicare.

Dissoluto cõtractu potest dominus rem suã à quocunq; recuperare.

Ratio secundæ partis ex eo deduci potest, quod ex eo, quod res illæ ex vna parte traditæ sint cum æstimatione, videntur quodamodo translatæ in eundem maritum, non quia ipsa æstimatio secundum se præcisè faciat venditionem, quia, vt alibi pluribus in locis vidimus, æstimatio ipsa potest esse ad alios fines, sed quia in his, & similibus casibus, ex mente contrahentium præsumitur, vbi aliud non probatur; ex alia parte, cum sint illæ eædem, quæ per vxorem nomine dotis fuerunt traditæ marito, videntur quoad se conferre prælationem eidem, quæ tradidit; non enim congruum videtur, vt in re per se tradita alia persona præferatur; vndè in hoc casu agere poterit hypothecaria, atque iuxtà hunc sensum præcisè loquitur *Glosa in d. l. in rebus, C. de iure dot., & Ioannes Angelus Bossius d. tract. de dote c. 18. n. 90.*

Æstimatio secũdũ se non facit venditionem

61 Limitant tamen *Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 26. num. 42., Bossius loc. cit., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 96.* in casu, quo res tradita esset cum æstimatione, vt mulier, quæ tradidit, non sit præferenda in excessu, si postea res illa in valore creuerit; cuius limitationis rationem eam esse existimo, quia, si res illa in valore decresceret, cum esset tradita cum æstimatione, esset per maritum tradenda æstimatio, ergo, si è contrario in valore creuerit, erit dumtaxat æstimatio conferenda mulieri, quæ tradidit, non ille excessus, adeoque hic erit computandus inter bona patrimonialia eiusdem mariti, nec propterea tribuendus mulieri anteriori in dote.

Excessus computatur inter bona patrimonialia mariti.

Pro complemento eorum, quæ dicta sunt in hac sectione, aduertendum est, ea procedere in casu dumtaxat, quo duæ dotes ex eadem substantia peterentur actione de dote; si enim vna peteretur actione de dote, altera actione ex testamento, quatenus dos legata fuisset vni vxori per maritum, tunc sine vlla discrepantia præferenda esset vxor, quæ peteret actione de dote *Socin. cons. 269. pro inuestigatione vol. 2. in 3. col. vers. si ab hac ratione*. Ratio autem huius notabilis ex eo deducitur, quia hypotheca tacita cum priuilegio prælationis solum competit actioni de dote iuxtà textum sæpiùs allegatum *in d. l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxor. act.*, adeoque non est extendenda, vt detur in actione ex testamento pro dote legata, quia maximè in priuilegijs à diuersis non fit extensio *l. fin. C. de col. auth. quas actiones, C. de Sacros. Eccl.*; ad quod maximè facit, quod dictum priuilegium prælationis non detur in donatione propter nuptias *Baldus in d. l. assiduis post Cynum ibid. in 3. opposit., Angel. de Aret. instit. de act. §. fuerat in 12. col.* 62

Hypotheca cũ prælatione solum conceditur actioni de dote.

SECTIO VII.

Quibus competat ius prælationis pro dote mulieris.

Plura quoad hunc titulum attigimus supra *sub hoc eodem tit. Contractus XI. de pign., & hypotheca prænot. 5 sect. 2. assert. 2.*, quæ propterea ibidem recolenda sunt, non hic inanitèr repetenda. Nonnulla ad plenum rei complementum hic examinabimus, quæ ibidem fuerunt omissa, & primò, an competat marito in bonis mulieris, vel alterius promissoris dotis pro eiusdem dotis promissæ exactione. Secundò, an competat marito in pæna adiecta promissioni dotis.

Rationes aliquæ dubitãdi

Assertio I. Priuilegium prælationis non competit marito in bonis mulieris, vel alterius promissoris dotis ad eiusdem dotis exactionem, quamuis pro eadem eidem competat tacita hypotheca *Glosa in l. vni-* 63

ca, §. vt plenius verb., & vtrumque, C. de re vxor. act., & ibi Salicetus in princip., Iason, in §. fuerat instit. de action., Mantica de tacit. lib. 11. tit. 26. num. 33., & 39., Petrus Barbosa in l. 1. part. 6. initio ff. solut. matrimonio, August. Barbosa collect. ad l. vnicam num. 11., Fontanell. de pactis nupt. clauf. 7., Glos. 2. part. 6., Ioannes Angelus Bossius de dote dict. cap. 18. n. 92., Molina tract. 2. de iustit. disp. 223. num. 11.

Priuilegiũ prælationis est priuatiuũ quoad vxorẽ, eiusque filios.

Hęc assertio manifestè euincitur *ex auth. vt ex actione instanti dotis, & ex auth., vt immobilia ante nuptialis donationis in fine, & ex d. §. fuerat instit. de act.*, in quibus textibus expresse priuilegium prælationis restringitur ad mulieres, earumq; filios priuatiuè quoad alios, vt huiusmodi textus legenti fit manifestum; dictio autem *solùm* limitatiua maximè quoad priuilegia talis naturæ, & conditionis est, vt ad casus solummodò expressos priuilegium coarctet.

64 Si autem hic inquiras fundamentum huiusmodi iurium restringentium priuilegium ad solas mulieres, earumque filios aduersus maritum, eiusque bona, non autem extendentium ad maritos aduersus mulieres, & promissores dotium pro eisdẽ, eorumque bona, respondebit nec immeritò *Polidorus Ripa obseruat. 264. nu. 6.* fundamentum huiusmodi in eo consistere, quod maritus potest aliundè sibi consulere, quod non ita de facili præstare potest vxor, nam maritus petere potest fideiussores, non sic vxor aduersus maritum *l. 1., & 3. C. ne fideiussores dotium dentur, Doctores communitèr in l. si constante, §. quoties, ff. solut. matrim., Hotomanus in suis disputat. in disp. de dotibus pag. 106. initio*, eaque ratio talium iurium assignatur, quia, cum mulier se, suaque marito committat, non debet diffidere de administratione, & conseruatione petendo fideiussorem pro securitate, nam tunc videretur potius habere fidem fideiussori, quam marito, & magis fidei alienæ, quam amicitiæ, fideique communi, vndè perfidia, diffidiumque in matrimonio gigneretur. Deindè maritus inito matrimonio potest statim exigere, vt dos promissa sibi conferatur, non sic autem potest vxor statim, ac ea tradita est, à marito exigere, vt sibi restituatur.

Vxor nõ potest petere fideiussores aduersus maritum.

65 Assertio II. Priuilegium prælationis non competit marito in pæna deducta promissioni dotis *Paulus de Castro in l. adeò ff. de compens., Negusant. de pign. memb. 4. part. 2. num. 70., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 26. num. 39., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote d. cap. 18. num. 92. vers. hinc ad quæsitum.*

Probatur primò, quia ex superiùs mox posita assertione marito non competit priuilegium prælationis aduersùs promissorem pro eiusdem dotis exactione, ergo multò minùs eidem potest competere pro pæna aduersùs eundem promissorem adiecta. Consequentia probatur, quia priuilegium, quod non competit principali, in tuitu cuius præcisè est concessum, multò minùs potest competere accessorio, nam si valet axioma Phylosophicum, propter quod vnum quodque tale, & illud magis, è contrario sensu debet valere, quod, si illud, propter quod vnumquodque est tale, non sit tale, hoc est priuilegiatum, nec talia sint illa, quæ propter illud sunt concessa. Hoc argumento, vti videtur *Ioannes Angelus Bossius loc. cit.*

Priuilegiũ, quod nõ competit principali, nec potest competere accessorio.

Probatur secundò, quia priuilegium hypothecæ tacitæ concessum Fisco in suis contractibus ex vi *l. Fiscus, ff. de iur. Fisci*, non extenditur ad pænas, *vt tot. tit. C. de pænis fisc. lib. 10., & in l. rescriptum in princip. in glos. super verb. hypothecas ff. de pact.* ergo neque priuilegium prælationis in tacita hypotheca in fauorem mariti agentis ad dotem sibi promissam exigendam extendendum erit ad pænam adiectam in eiusdem promissione. Hoc argumento vtitur *Negusantius loc. cit.*

Priuilegium hypothecæ tacitæ Fisci non extenditur ad pænas.

Probatur tertiò, quia illa pæna adiecta aduersus promissorem, quamuis sit adiecta intuitu, & occasione dotis, non est tamen propriè, nec in rigore dos, nec pars dotis, nam hæc est præcisè ob defectum solutionis, vt pæna ad excitandum promissorem ad seruanda promissa, non vt quid correspondens promissioni formali, & secundum se, sed priuilegium prælationis est concessum dumtaxat pro dote, & actione eiusdem ergo &c., Minor latè probata est suprà sparsim in pluribus locis. Confirmatur, quia illa pæna peti non potest actione dotis, sed præcisè ex conuentione propter eandem, seu intuitu eiusdem, seu priuilegium illud prælationis est solummodò, quando agitur actione dotis, vndè non est pro parafernabilibus, nec pro donatione propter nuptias, vt suprà ex allegatis iuribus probatum est, ergo priuilegium prælationis non est extendendum ad eandem pænam pro promissione adiectam in constitutione dotis.

Illa pæna non est propriè dos, quamuis imposita intuitu dotis.

Illa pęna exigeretur ex conuentione, nõ actione dotis.

SECTIO VIII.

Quomodo agere debeat vxor, quando maritus alienauit bona eidem tacitè hypothecata pro dote.

SEnsus propositi tituli hic est. Tradidit vxor, vel eius Pater bona dotalia marito, ex qua traditione iuxtà superiùs dicta consurgit in fauorem eiusdem mulieris tacita hypotheca cum iure prælationis in ordine ad quamcumque aliam hypothecam tacitam quamuis anteriorem. Constante adhuc matrimonio maritus plurima sua bona,

bona, quę erant iam addicta hypothecæ in fauorem eiusdem mulieris alienauit adeò, vt dissoluto matrimonio in bonis eiusdem non extet, quo plenè satisfieri possit vxori pro dote. Supposita iam hac facti serie examinandum occurrit primò, an vxor pro sua dote repetenda possit agere aduersus eos, in quos facta fuit illa alienatio. Secundò, an æquè eadem mulier agere possit aduersus illos, siue illa bona, quæ dicuntur alienata, adhuc extent actu, vel virtute apud creditores, qui receperunt, siue non amplius extent. Tertiò, an si ille, in quem facta fuit alienatio, adhuc in alium rem illam transtulerit, possit eadem mulier agere aduersus eum, qui secundò alienauit, an verò aduersus eum, in quem vltimò res deuenit. Quartò quid agere debeat vxor, si res à marito tradita fuerit creditori, & à creditore absque dolo fuerit alienata in tertium, qui bona fide recepit, & consumpsit.

Facti series, variæque rationes dubitãdi.

66 Assertio I. Non extante in bonis mariti quantitate sufficiente pro dotis restitutione dissoluto matrimonio potest mulier agere aduersus bona immobilia, quæ constante adhuc matrimonio fuerunt per maritum alienata ad sananda debita, vel satisfaciendum creditoribus habentibus etiam tacitam hypothecam anteriorem *Peregrinus de iure Fisci lib. 6. tit. 6. num. 8., Menochius cons. 21., Fontanella de pact. nupt. claus. 5. glos. 8. p. 6., & 7., Salgado in labyrinto p. 1. cap. 10. à num. 59 ad 85., Ioannes Angelus Bossius de dote d. c. 18, nu. 96., Amator Rodriquez de concursu credit. part. 1. art. 1. num. 28. vers. sed cum iuxtà.*

Probatur primò, quia per illam alienationem factam à marito in creditores, quãtumuis anteriores hypotheca prout constituta, siue ex dispositione iuris, siue ex partium conuentione in re alienata non desinit, sed semper cum eadem transit, eamque afficit, eiusque possessorem *l. si prædium, & ibi Baldus, C. de euict. l. 1. C. rem alien. gerer.*, & tribuit ius possessionis, & apprehendendæ, & adipiscendæ, & fortiùs retinendæ *Albert. Brunus cons. 1., & 2. col. 1.*, ergo per maritum, si fuerit in alios creditores res illa alienata, poterit per vxorem, vtpotè habentem hypothecam tacitam cum iure prælationis reuocari ad sibi pro dote consulendum.

Hypotheca semper transit cũ re, eamq; afficit, & eius possessorem.

67 D. xi, *non extante in bonis mariti quantitate sufficiente ad plenè satisfaciendum pro dote*, quandoquidem regularitèr hypotheca non potest aduersus tertios possessores intentari, si principalis est soluendo, & exigibilis *Petrus Phylip. Corn. cons. 246. incipiente in hac in lit. H. part. 4.*, & hypotheca in bonis constituta impedit alienationem bonorum, nisi remaneant tot alia, quibus solui possit hypotheca *Baldus in l. executorem 1. col. C. de except. rei iud.*

Probatur secundò, *ex l. fin. §. & si præfatum vers. sin verò hæredes, C. de iur. delibe. randi*, vbi sic legitur. *Sin verò hæredes res hæreditarias creditoribus hæreditarijs pro debito dederint in solutum, liceat alijs creditori. bus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis aduersus eos venire, & à posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem &c.*, & quidem meritò hæc pro iura statuta sunt, secus de facili possent eludi iura habentium hypothecas in rebus per alienationes earundem rerum.

Euincitur etiam ex dispositione iuris.

Assertio II. Etiam non extante quantitate sufficiente ad solutionem dotis potest vxor agere aduersus eum, in quem maritus alienauit quoad bona mobilia in ipsum translata, & pecuniam datam in solutum, si adhuc illa extent, seu extet ad eadem repetenda actione hypothecaria *Petrus Barbosa l. 1. part. 6. num. 18., Amator Rodriquez de concurs. credit. part. 1. art. 1. num. 28. vers. sed cum iuxta, Salgado in labyrint. part. 1. c. 10. n. 60.* 68

Expressè etiam hæc assertio euincitur *ex d. l. fin. §., & si præfatum, C. de iur. deliberandi*, vbi sic legitur. *Sin verò hæredes res hæreditarias creditoribus hæreditarijs pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat alijs creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis aduersus eos venire*, quę vtiq, si verificantur respectu creditorum anteriorum in ordine ad posteriores, a fortiori verificari debent respectu mulieris agentis ad recuperationem suæ dotis, cuius priuilegia ex dispositione iuris vtique sunt potiora, & fauorabiliora.

Textus manifestè euincens assertionẽ

Neque ijs, quæ hic dicuntur, aduersari possint ea, quæ alibi sparsim dicta sunt, nempè quod quando pecunia, vel alia res vsu consumptibilis iam tradita est creditori posteriori, non possit creditor anterior eandem reuocare, cæteroqui corruerent humana commercia, cum vnusquisque esset de anteriori hypotheca anxius, ratione cuius res sibi tradita posset reuocari; Non inquam, obesse possunt, quandoquidem ea procedunt dumtaxat in hypothesi de creditoribus hypothecarijs, quorum vnus non est altero magis priuilegiatus, nec in sua hypotheca habet priuilegium prælationis; secus verò in creditoribus, quorum alter habet hypothecam cum priuilegio prælationis, vndè communitèr docent, quod fiscus creditor anterior propter priuilegium prælationis possit agere ad pecuniam posteriori creditori solutam repetendam, quantumuis ea fuerit bona fide consumpta, si debitor non habeat aliunde, quo possit fisco plenè satisfacere *Coarruuias pract. qq. cap. 29., Peregrinus de iure fisci lib. 6. tit. 6. num. 8. vers. in hoc perdifficili puncto, Afflictus decis. 190. pulchrum fuit, vbi refert,*

Fiscus creditor anterior propter priuilegiũ prælationis potest agere ad pecuniã posteriori creditori solutam.

fert, ità fuisse decisum in sacr. cons. cum auctoritate Regia Baldus in l. vbi adhuc n. 7., C. de iur. dot.; & licet nonnulli hoc priuilegium restringant præcisè ad fiscum, nihilominus ex paritate rationis à fisco ad dotem arguunt Doctores, cum præcipuè in aliquibus iuxtà superiùs dicta in concursu fisci, & mulieris ex causa dotis priuilegia magis huic faueant, quam illi, iuxtà quæ ità fuisse decisum in Granatensi prætorio refert *Didacus in pract. cap. 19.*, *Caphalus cons. 49. n. 33.* atque ità sustinuit *Baldus cons. 360. conclusio in princip.*

69 Hæc procedunt, quando res, quæ per debitorem data in solutum est, adhuc penes eundem extaret; quod, si non extaret, quia dolo eius, qui recepit, desijt, tunc Doctores sustinent, quod adhuc possit conueniri, ac si res non desijsset *l. is, qui dolo, ff. de rei vendicat.*, non enim congruum est, vt quis ex suo dolo beneficium consequatur. Si verò non extaret, quia creditor, qui recepit, vel eam bona fide consumpsit, vel in alios per venditionem, vel alio titulo transtulit, tunc magnum est dissidium inter Doctores. Aliqui absolutè docent, vxorem posse eam reuocare *Bartolus ea l. pupil., ff. quæ in fraudem credit.*, *Straccha de donat. in vlt. part. n. 27. cum seqq.*, *Fachinaus controu. iuris lib. 12. c. 53.*, *Fontanella clausf. 5. glos. 8. part 7. num. 58.* iuxtà textum *in l. fin. §., & si præfatam, C. de iur. deliberandi*. Alij distinguunt, vel enim creditor, qui rem illam accepit, & consumpsit, accepit titulo lucratiuo præcisè, vel oneroso, vel lucratiuo simul, & oneroso; si titulo præcisè lucratiuo, afferunt, quod possit per vxorem habentem hypothecam tacitam rationæ suæ dotis reuocari, secus verò, si titulo simplicitèr oneroso; si verò lucratiuo simul, & oneroso, afferunt, quod secundum eam partem, quam acquisiuit titulo lucratiuo, possit reuocare, non verò quoad eam partem, quam acquisiuit titulo oneroso *Fulgosius*, *Salicetus*, *Baldus*, *& Alexander* relati à *Peregrino de iure Fisci lib. 6. tit. 6. nu. 8.* iuxtà textum *in l. Mater, C. de rei vendicatione*, *Faber in §. item si quis in fundum num. 25. ad finem instit. de act.* Alij tandem absolutè afferunt auocare, & repetere non posse *Afflictus decis. 190. num. 5.*, *Vrsillus Hondedeus*, *Marescotus*, *Caualcanus*, *Cancerius*, *Molfesius* relati à *Bossio de dote dict. c. 18. n. 102.* Quid iam concludendum?

Nequit quis ex suo dolo beneficiũ consequi.

70 Assertio III. Probabilius est, vxorem habentem priuilegium prælationis simul cum tacita hypotheca posse auocare pecuniam solutam à secundo creditore, cui fuit soluta & ab eodem bona fide consumpta *Coaruuias*, *Peregrinus*, *Afflictus*, *alijque plures*, quos citat, & sequitur *dictus Peregrinus loco cit. vers., & creditoribus, & vers. contra verò*, hisque adhæret *Ioannes Angelus Bossius d. c. 18. num. 103.*, & licet *Peregrinus loc. cit.*, restringat dumtaxat in fauorem fisci assertionem, ex paritate tamen rationis eandem extendunt etiam ad mulierem ex causa dotis *Glosa in l. pecunia, C. de priuil. fisc.* *Afflictus d. decis. 190.*, *Coaruuias pract. c. 29. num. 2.*, qui etiam dicit iuxtà hanc sententiam in causa, & priuilegio dotis se vidisse iudicatum in prætorio Regio.

Ratio huius assertionis ea esse potest, quia ex quo Fiscus, & vxor habent priuilegium prælationis cum hypotheca respectu aliorum creditorum videntur etiam habere ius, ne alijs persoluatur, quin sibi priùs fuerit satisfactum, quod per consequens, si fuerit solutum, poterit tanquam indebitè solutum repeti; neque obesse potest textus *in l. quem autem in §. apud Labeonem*, *& in §. sciendum*, *ff. quæ in fraudem creditorum*, non inquam, obesse potest, quandoquidem ille procedit in creditoribus hypothecarijs, quorum vnus non est altero magis priuilegiatus, nec in suo priuilegio habet priuilegium prælationis, non autem in creditoribus, quorum alter habet priuilegium prælationis, vt in casu mulieris pro dote. 71

Potest repetere tãquam indebitè solutum.

Limitarem tamen assertionem quoad pecuniam per maritum solutam in rebus ad quotidianum vsum necessarijs, quandoquidem in ijs non supponitur ius obligare, cæteroqui in hoc corruerent humana commertia, nec vllus alteri fideret.

SECTIO IX.

Quomodo prouidendum sit vxori vergente marito ad inopiam.

Difficultas potest examinari secundum duplicem sensum; primò, quatenus vir condemnatus fuerit in fauorem creditorum, & agatur in executione sententiæ; secundò, quatenus non adhuc secuta sententia, sed vergente marito ad inopiam, seu incipiente labi facultatibus teneatur, ne vxor in sua dote succumbat.

Sensus, secũdum quos potest dubiũ examinari.

Assertio I. Iuxtà primum sensum vxor potest sibi subuenire, suæque doti compatendo coram Iudice, & opponendo, ne fiat executio pro iure suæ dotis in bonis dotalibus, vel mariti, & assignando rationem, quia maritus vergit ad inopiam. 72

Ratio huius assertionis ea est, quia ex vnà parte mulier est præ cæteris quoad sua bona dotalia priuilegiata, adeoque præferenda, ex alia constante matrimonio non potest dotem à marito auocare; vndè iura statuerunt, quod marito vergente in decoctionem, seu ad inopiam possit mulier ad sui indemnitatem se tutam reddere, ergo in eo casu poterit opponere, ne fiat executio &c. Neque obesse potest textus *in auth. hoc*

Adducũtur rationes euincentes intentũ, & satisfit oppositi.

hoc si debitor, C. de pign. per quem textum videtur innui, quod quis non possit prosequi suam hypothecam contrà tertios possessores, nisi prius intentauerit personalem aduersus principalem debitorem, ex quibus etiam deduci videtur, quod mulier actionem aduersus intentatam executionem in bonis mariti, non possit intentare, nisi prius personalem exercuerit aduersus maritum; non, inquam, obesse potest, quia in primis ille textus tantum procedit, & ad summum, quando creditor pro iure suæ hypothecæ ageret contra tertium possessorem ad vindicandam rem sibi priùs oppignoratam, & retinendam, donec ipsi fuerit integrè satisfactum, non autem procedit, quando creditor non ageret ad augendum, sed compareret tantum ad excipiendum pro iure suæ hypothecæ, & ad impediendam executionem contra tertium *Baldus Nouellus de dote part. 7. priuil. 18.* Deindè, quamuis etiam ille textus non solum procederet, quando creditor ageret vi augendi, sed etiam vi excipiendi modo mox dicto, non haberet locum in muliere agente, vel ad suam dotem repetendam, vel ad impediendam executionem aduersus tertium, & hoc ob speciale priuilegium in fauorem dotis, vt notat ibidem idem Baldus Nouellus, qui etiam ibidem, & alibi numerat varia eiusdem priuilegia, & primò, quod non teneatur vxor pro sua dote seruare formam *l. à Diuo Pio §. sed illud ff. de rer. vendicat.* per quam statuitur, vt procedatur ad venditionem bonorum debitoris pro executione sententiæ, & de pretio indè extracto satisfiat prius anteriori creditori, & de reliquo pro executione sententiæ, cum possit eadem mulier velle insistere pignori, vt ipsa, maritus, & eius familia ex illis bonis alatur iuxta textum *in l. vbi adhuc C. de iure dotium.* Secundò, quod vxor vigore suæ tacitæ hypothecæ defuncto marito possit propria auctoritate remanere in detentione domus mariti, aliorumque eiusdem bonorum possessionem apprehendere, eamque in vim pignoris, & hypothecæ *Baldus Nouellus de dote part. 8. priuil. 6. n. 21., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19. n. 3., Franciscus Molinus de ritu nupt. lib. 3. qu. 39. n. 40.*

73 Assertio II. Iuxta secundum sensum vergente marito ad inopiam, seu incipiente facultatibus labi potest vxor iustè exigere, vt bona viliora, & pretiosiora mariti sibi consignentur, quæ censeantur tanquam dotalia, & in dotem conuersa, vel transferantur ad manus mercatoris in ordine ad securam negotiationem, vt dos ipsa salua sit, & lucrum aliquod indè acquiratur pro sustinendis oneribus matrimonij. Concordat cum ijs, quæ tradidimus *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris disq. 6. §. 8. num. 10., & tom. 2. sub tit. de Cambijs 3. disqu. 3. §. 13. nu. 2., & n 4.*, & iuxta primam partem habet *Baldus Nouellus p. 7. priuil. 18. Ioannes Angelus Bossius de dote d. c. 18. n. 105.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia per illam assignationem fit melior conditio eiusdem mulieris, ad quam meliorem conditionem ius habet vi suæ tacitæ hypothecæ anterioris, & maximè priuilegiatæ. Neque obesse potest, quod constante matrimonio dos repeti non possit, vt ex communi testatur *idem Baldus Nouellus tract. de dote part. 7. priuil. 24. num. 1.*, non inquam, obesse potest, nam, si maritus vergat in decoctionem cessat allegata regula per textum *in l. si constante, ff. sol. matrim.* — Melior fieret cōditio eiusdem mulieris.

Ratio secundæ partis deducitur *ex cap. per vsuras de donat. inter vir., & vxorem, & c. per vestras de vsuris*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem, si ratione hypothecæ tacitæ anterioris potest elidere executionem; non video, cur non possit consequi illa bona, & vt in securitatem consignentur mercatori ad tutam negotiationem; hac etenim ratione, & consulitur indemnitati ipsius vxoris, quatenus dos ipsius constituitur in tuto, & bono mariti, quatenus ad onera matrimonij sustinenda acquireret illud lucrum, quod ex illa negotiatione acciperetur. — Satisfieret, & indemnitati vxoris, & bono mariti.

SECTIO X.

An vxor possit renunciare suæ tacitæ hypothecæ, & priuilegio prælationis.

Multipliciter potest contingere hæc tacitæ hypothecæ, & priuilegij prælationis renunciatio. Primò in genere, & in ordine ad quemcumque, adeò vt ratione eiusdem bona mariti remaneant absoluta à quocunque onere hypothecæ in ordine ad eandem vxorem renunciantem, &, si maritus talia bona alienauerit, non possit eadem vxor actione hypothecaria eadem repetere; Secundò in specie, & in ordine ad aliquam determinatā personam, quatenus scilicet eadem vxor aliqua dumtaxat bona mariti per renunciationem eximat ab obligatione, quæ in sui fauorem ex iuris dispositione inducta est, vt cum illis possit maritus cum quocunque contrahere vel omnia, vel aliqua bona eximat à tali obligatione, nō quidem in ordine ad quamcunque personam, sed in ordine ad aliquam determinatam, cum qua maritus intendit contrahere, quod potissimum contingeret in casu, quo quis nollet contrahere cum marito in certo negotiationis genere, nisi mulier eiusdem propriæ hypothecę renunciaret. Rursus in suppositione renunciationis generalis, seu in genere tacitæ hypo- — Varij modi, secundum quos potest contingere huius priuilegij renunciatio.

pothecam, adhuc dupliciter mulier potest se habere; primò, quatenus ab initio contractus dotis renuntiet paciscens, quod bona mariti sibi non remaneant obligata pro securitate, & restitutione dotis; secundò, quatenus ab initio eiusdem contractus dotalis nihil dixerit, & per consequens contracta sit hypotheca in fauorem eiusdem, & postea successu temporis eidem cesserit. Tandem quoad modum adhuc dupliciter potest renuntiare scilicet, vel per expressam conuentionem, & cessionem, vel dumtaxat per tacitam, quæ potissimum fit, quando alienationi per maritum factæ eadem mulier præbuit consensum, &, si per expressam conuentionem, vel cessionem, vel per eandem etiam iuramento firmatam vel sine eodem. His pro claritate quæstionis præsuppositis sit

74 Assertio I. Vxor potest renuntiare suæ expressæ hypothecæ, quam habet in bonis mariti, firma tamen manente hypotheca tacita generali inducta ex dispositione iuris. *Alexander in l. Meuia §. 1. ff. sol. matrim.*

Hypotheca expressa, sicuti cõsensu ponitur, ità consensu dissoluitur.

Probatur assertio, quia hypotheca expressa inducitur per liberos contrahentium consensus, & talis est, vt poni possit, & non poni, & quidem inducitur in præcisam vtilitatem eiusdem vxoris, ergo ex eiusdem vxoris consensu semel inducta poterit per eandem dissolui, cum per id, per quod quid alligatur, possit solui. Confirmatur, quoniam non est tanta ratio prohibitionis in hypotheca conuentionali, in quo mulier renuntiat fauori inducto ex sua prouisione, quanta est in hypotheca legali, de qua *in d. l. vnica §. & vt plenius, C. de rei vxoria act.* cum lex magis suum, quam tuum auxilium conseruet *Glosa in l. 1. C. si aduers. transact.*

Per expressam non tollitur generalis tacita, nisi agatur.

Dixi, *firma tamen manente tacita hypotheca generali*, non enim suppono, quod per expressam fuerit renuntiatum tacitæ generali, sed quod fuerint iura iuribus cumulata; nec obesse posset, si tunc assereretur, quod talis renuntiatio nullum effectum sortiretur, quandoquidem tacita hypotheca id totum efficeret, quod præstaret expressa; non, inquam, obesse potest, quia adhuc vtilis esset talis renuntiatio, nam si hypotheca hæc esset expressa, & anterior, cui renuntiaret, vtique aliquibus gauderet priuilegijs, quibus cederet.

75 Assertio II. Vxor siuè ab initio contractus dotalis, siuè post non potest generalitèr renuntiare hypothecæ legali tacitæ in bonis mariti, vi cuius renuntiationis nulla bona eiusdem sibi remaneant obligata pro securitate, & restitutione suæ dotis. *Negusantius de pign. membr. 4. part. 2. num. 88., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19. num. 41., & 42., Antonius Faber l. 5. C. eod. tit. 8. def. 23., Ioannes Angelus Bossius de dot. c. 18. n. 7.*

Probatur assertio, quia quæcunque pacta, & conuentiones, per quæ, seu quas ius dotis efficitur deterius, expressè reprobantur in iure, & irritantur *l. 2. & l. de die cum seqq. ff. de pactis dotalibus*, sed talia esset pacta, & conuentiones, quibus in omnibus mulier renuntiaret tacitæ hypothecæ sibi de iure competenti in bonis mariti, quandoquidem ipsa dos amitteret robur, & firmamentum, quod habet a iure, & subiaceret periculis amissionis, ergo &c. Confirmatur, quia talis renuntiatio non solum esset contra bonum priuatum mulieris renuntiantis, sed etiam contra bonum publicum Reipublicæ, ad quam maximè spectare debet cura, ne mulieres remaneant indotatæ, possint nubere ad replendam liberis ciuitatem *l. 1. ff. solut. matrimonio*, ergo vxor non potest talem renuntiationem ponere, vtpote aduersantem bono communi Reipublicæ, & hinc habes, cur vxor renuntiare possit Senatusconsulto Velleiano per ea, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambijs 2. disq. 5. §. 13. n. 5. per totum*, & non possit renuntiare priuilegio tacitæ hypothecæ, habes, inquam, quia mulier renuntians Velleiano cedit dumtaxat proprio commodo, renuntians verò priuilegio tacitæ hypothecæ in sui fauorem inductæ, non solum proprio commodo cedit, sed etiam Reipublicæ bono, quod vtique præstare non debet.

Talis renuntiatio esset contra bonũ publicum Reipublicæ.

Hic maximè displicet id, quod docet *Petrus Barbosa in l. 1. part. 5. nu. 67. ff. solut. matr.* quem postea secutus est *Amator Rodriquez de concursu credit. q. 1. num. 31. vers. non obstabit, & n. 32.* asserens, quod mulier ab initio contractus dotalis, & ante acquisitam hypothecam in bonis mariti possit cedere iuri suo, & efficere, ne talis hypotheca in bonis mariti contrahatur, non autem post eandem hypothecam contractam, quasi quod faciliùs sit impedire, ne inducatur, quam inductam iam tollere, quod videtur probare ex textu *in l. etiam, C. ad Velleian.* Maximè, inquam, displicet, quia motiuum, & ratio finalis prohibitionis æquè militat, quando iam est contracta, ac quando est contrahenda, quandoquidem motiuum est commune Reipublicæ bonum, ne vxores remaneant indotatæ; æquè autem periculum est, quod indotatæ remaneant, siue cedatur iuri hypothecæ in initio contractus dotalis, siue solummodò cedatur, postquam eadem contracta est, vt per se patet.

Verificatur, quod nequeat renũtiare ante acquisitam tacitam hypothecam.

Eadem ratio militat quãdo hypotheca est cõtracta, ac quãdo est contrahenda

Assertio III. Mulier, siue ab initio contractus dotalis, siue post, potest renuntiare tacitæ hypothecæ, & priuilegio prælationis, si tot alia bona apud maritum maneant vltrà ea, quibus renuntiat, quæ sufficiant ad dotis solutionem, seu restitutionem *Bartolus in l. Meuia, §. fundus in fin. ff. solut. matrim., Negusantius memb. 4. part. 2. num. 85.,* 76

Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 19. num. 35.

Facit potissimum pro hac assertione textus *in l. etiam, & l. iubemus, C. ad Velleian.*, nam in illa hæc formalia verba habentur. *Etiam constante matrimonio ius hypothecariũ, seu pignorum marito remitti posse explorati iuris est*; in ista verò hæc comprehenduntur. *Iubemus dicere mulieribus, & pro vno contractu, vel certis contractibus, seu pro vna vel certis personis, seu rebus iuri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renuntiare*. Ex primo textu apertè colligitur, quod possit mulier renuntiare generali obligationi in sui fauorem à iure inductæ; Ex secundo colligitur, quod possit renuntiare certis personis, certisque rebus in ordine ad determinatos contractus, & hoc quidem comprobat regularis praxis, secundum quam contrahere volentes cum marito, vel inducunt vxorem eiusdem ad contrahendum simul cum marito, vel ad cedendũ iuri suo in ordine ad hypothecam, quam habet ex dispositione iuris, seu in ordine ad res, pro quibus contrahunt, seu in ordine ad aliquas alias substitutas pro ipsis.

Iura euincentia intentum.

Vbi tot remanẽt bona cessat ratio finalis prohibitionis.

Probatur vlteriùs ratione ex supradictis, quia huiusmodi hypotheca inducta est dumtaxat in vtilitatem mulierum, ne scilicet indotatæ remaneant, sed quando tot bona remanent, demptis ijs, quibus cedit vxor, quot sufficere possint ad dotis restitutionem, & solutionem, cessat periculum, ne remaneant indotatæ, nec per talem renuntiationem, seu cessionem fit substantialitèr deterior conditio eiusdem dotis, ergo &c. Minor probatur, quia tuta redditur mulier per ea bona, quæ supponuntur remanere apud maritum pro tempore, pro quo fit ipsa cessio propriæ tacitæ hypothecæ in alijs bonis eiusdem mariti.

Quod, si supponas, quod maritus tempore, pro quo mulier cessit tacitæ suæ hypothecæ in alijs bonis, haberet vltra illa alia bona sufficientia ad dotis solutionem, & restitutionem, pro tempore tamen restitutionis dotis illa bona, quæ supponuntur remansisse, fuerint diminuta; tunc nec incongruè arbitrarer, quod mulier non obstante tali cessione posset agere hypothecariâ contrà tertios possessores bonorum mariti.

77 *Afflictus decis. 311. in fin., & decis. 313. in princip., Parisius cons. 75. n. 17. lib 3.*, & alij plures, quos refert *Petrus Barbosa in l. 1. p. 5. nu. 68.* Rationem ex eo deducerem, quod, cum iura consulere voluerint omni modo ob bonum publicum indemnitati mulierũ, ne scilicet indotatæ, aut enormitèr læsæ remaneant, & ex alia parte *in d. l. etiam, & l. iubemus* concesserint, quod possint renuntiare, vt vitetur iurium contrarietas, ita sunt ad inuicem concilianda, vt intelligantur, quod renuntiatio, quæ permittitur *in d. l. etiam, & l. iubemus, C. ad Velleian.*, non sit absoluta, sed conditionalis, & quod hunc præstet effectum, vt mulier non possit agere aduersus bona, quibus cessit, nisi quatenus bona, quæ remanserunt non sint sufficientia ad sibi pro dote consulendum, sicque in bonis, quę remanserunt apud maritum pro tempore, pro quo alijs eadem vxor renunciauit, perindè est, ac si haberet hypothecam specialem expressam, & in alijs tacitam, & subsidiariam; Sicuti igitur qui habet hypothecam specialem, & expressam in rebus certis, quantumuis habeat generalem in omnibus non potest experiri contra tertios possessores aliorum bonorum, nisi prius constet, sibi non esse consultum ex speciali hypotheca, idest quod illa res sibi non sufficiat *l. 2., & ibi Baldus, C. de pign., Speculator de solutionibus*, §. 1. ita mulier, quæ quodamodò per illam cessionem factam in rebus, quibus renuntiauit, videtur ad bona, quæ remanserunt, se restrinxisse specialitèr cedendo alijs non absolutè, sed conditionalitèr, non potest agere hypothecaria aduersus alios possessores, nisi in casu, quo bona, quæ remanserunt post cessionem, non sint sufficientia ad sibi consulendum pro dote.

Renuntiatio, quæ permittitur, non est absoluta, sed conditionalis

Discrimen inter renũtiationẽ Velleiano, & renuntiationem hypothecæ pro dote.

Dices primò, quando quis sibi specialitèr prouidit de hypotheca in certis bonis intelligitur simplicitèr, & absolutè cessisse generali hypothecæ, quam habeat in cæteris bonis, quia prouisio hominis cessare facit prouisionem legis per ea, quæ docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de cambijs 2. disqu 3. §. 15. n. 2., & hoc eodem tom. 4. sub tit. Contractus X. disq. 2. §. 1. per totum, & sub hoc eodem tit. Contractus XI. de pign., & hypoth. prænot. 4. vers. circa hanc hypothecam tacitam*, ergo etiam, quando mulier per cessionem aliorum quodamodò sibi specialitèr prouidit de hypotheca in rebus certis, quæ remanserunt, intelligitur simplicitèr, & absolutè cessisse hypothecæ tacitæ, & generali, adeoque ex vi illius non posset hypothecaria agere contra tertios possessores. Sed contra, quidquid sit de ijs, quæ locis citatis supra commendauimus, specialitèr est ratio in hypotheca quoad dotem mulieris, siquidem iuxta ea, quæ superiùs dicta sunt, hypotheca quoad dotem non solum respicit bonum eiusdem mulieris, sed etiam bonum commune Reipublicæ, ad quam spectat cura, ne mulieres indotatæ remaneant, vt possint nubere ad multiplicandos ciues in Republica, iuxtà quæ communitèr asserunt Doctores, quod mulier per expressam hypothecam, quam sibi constituit in certis rebus, sibi non præiudicet quoad generalem tacitam, nec eidem absolutè possit renuntiare.

Per cessionem iuris in alijs rebus non præsumitur cessio iuris quoad omnia, & quare.

Dices secundò, extantibus etiã alijs bonis vltrà ea, quæ cessit, seu quibus renuntiauit quoad

quoad hypothecam renuntiauit mulier per talem cessionem, seu renuntiationem deteriorem constitueret statum propriæ dotis, quandoquidem tutior est dos cum hypotheca generali in omnibus bonis mariti, ac cum hypotheca speciali in aliquibus tantum, sed ratio, ob quā prohibetur, ne possit absolutè, & simplicitèr renuntiare, est, ne deterius constituat ius propriæ dotis, ergo, si constituit deterius ius propriæ dotis per illam renuntiationem, de qua loquimur, prout resultat ex mox dictis, non poterit vtique renuntiare. Sed contrà, quia quoad substantiam non præsumitur fieri ius dotis deterius in illa hypothesi, ex quo non incurritur damnum *l. damnum, ff. de damn. infect.* damnum autem non potest esse, quandoquidem vel bona, quæ remanserunt penes maritum ex illa renuntiatione, sunt sufficientia, & sic sufficientèr tuta est, vel non sunt sufficientia, & sic datur subsidiariè regressus ad alia bona, quibus cessit, cum non intelligatur cessisse, nisi conditionalitèr sic iure saltem præsumptiuè disponente.

Non presumitur quoad substantiam fieri ius deterius quoad dotem

Assertio IV. Si mulier in renuntiatione
78 huiusmodi hypothecæ, siue fiat, dum celebratur matrimonium, & constituitur dos, siue eodem matrimonio constante, iuramentum addiderit non contraueniendi tali renuntiationi, probabilius est, non posse venire contra talem renuntiationem, si bona vltrà illa, quæ cadunt sub renuntiationem, extent apud maritum, per quæ possit tuta reddi, si non in toto, saltem in maiori parte, adeò vt aliquid modicum deficeret solummodò, secus autem, si vel nulla bona præter renuntiata apud maritum existerent, vel modica adeò, vt enormitèr, seu enormissimè læderetur. Ita existimo, conciliandos esse Doctores, & præcipuè *Baldum in d. l. etiam, C. ad Velleian. Campegium part. 49. c. 3., Negusantium de pignor. d. membr. 4. part. 2. num. 85., Manticam de tacit., & ambiguis con. lib. 11. tit. 19. num. 36. verb. neque hunc, Afflictum decis. 311. n. 4., & alios, qui ex c. cum contingit & c. si verò de iuram., & cap. licet mulieres eod. tit. in 6., & in cap. quamuis de pact.* docuerunt mulierem facta renuntiatione cum iuramento non posse venire contra illam, cum alijs, & præcipuè cum *Alciato post Immolam in c. quemadmodum n. 10. vers. nam quia de iureiur., Castrensi cons. 174. n. 1. lib. 1., Socin. cons. 263 num. 4. lib. 2., Crauetta cons. 114. num. 1., Coaruuia var. lib. 2. c. 4. n. 5., Sola ad constit. Sabaudiæ tit. de alienat. bonorum min. mul.*, qui volunt, quod in casu enormissimæ læsionis possit contrà renuntiationem per se factam mulier venire.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod iuramentum in eo casu debet aliquid operari, & in hoc sensu procedunt dicta iura *in c. cum contingit, & cap. si verò de iuramento, & cap. licet mulieres eodem tit. in 6.*, ergo in eo casu, quo supponitur modica læsio in tali renuntiatione facta per mulierem, non erit impugnanda, cæterequi iuramentum ad nihil conferret; atque in hoc sensu existimo locutum *Alexandrum in l. Mania §. 1. §. sol. matrim., & cons. 83. viso processu num. 5. vsque ad n. 10. vol. 6.*

Iuramentū debet aliquod operari.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia in ea hypothesi intercederet læsio enormissima, vt per se patet, sed læsio enormissima quamcunq; renuntiationem rescindit *Coarruuias var. lib. 2. cap. 4. num. 5.*, quandoquidem huiusmodi læsio enormissima arguit dolum in eo, intuitu cuius, seu in cuius fauorem fit illa renuntiatio *Bartolus cons. 17., & cons. 66., Castrensis cons. 305. lib. 2., Decius cons. 180. num. 7.*, & dolus omnem renuntiationem annullat *Coarruuias in c. quamuis 2. de pact. in 6., Sola ad constit. Sabaudiæ tit. de alien. bon. min. mul. glos. 2. nu. 4., & 5., Merlinus de legit.*, & cessare facit vim iuramenti, & dispositionem *d. c. quamuis de pactis*. Confirmatur primò, quia mulier renuntiare non potest doti, quia hoc est non solum in præiudicium proprium, sed etiam commune Reipublicæ, & per consequens iuramentum per ipsam emissum non potest Reipublicæ præiudicium inferre. Confirmatur secundò, quia renuntiatio supplementi dotis facta per filiam Patri, etiam si iuramento fuerit confirmata, si per eam sit filia enormissimè læsa, non tenet, & filia potest agere ad illius recisionem *Bartolus cons. 17., & cons. 66., Merlinus de legit. qu. 12. num. 17.*, quia supponitur filia ad eam renuntiationem deuenisse ob metum reuerentialem Patris, seu ex dolo, ergo etiam renuntiatio facta hypothecæ per vxorem in fauorem mariti, quantumuis per iuramentum firmata, si per eam enormitèr læsa sit, poterit aduersus ipsam agere, vtpotè quæ supponitur facta ex circumuentione mariti, seu ob metum reuerentialem eiusdem vxoris erga eundem maritum.

Læsio enormissima, quācunque renuntiationem rescindit.

Hic non incongruè docent communiùs Doctores, quod etiam si vxor in tali renuntiatione iuramento firmata renuntiauerit etiam enormissimæ læsioni, talis renuntiatio non teneat, sed possit contrà eandem venire *Alexander cons. 130. lib. 7., Crauetta cons. 142. num. 23., & cons. 192., Cephalus cons. 34. num. 25., Sola ad constit. Sabaudiæ tit. de alien. bon. min. mul. glos. 2. n. 4.* præcipuè cum semper sit præsumptio, quod id præstet ex metu reuerentiali, seu ex circumuentione fraudis.

Mulier nō potest renuntiare enormissimæ læsioni.

Assertio V. Quæ dicta sunt de renuntiatione expressa, intelligenda etiam sunt 79
de tacita consistente in eo, quod mulier consensum præbeat ad alienationem per

maritum factam, adeò vt, ficuti extantibus alijs bonis penes maritum sufficientibus ad securitatem dotis tenet renuntiatio, ita extantibus alijs bonis teneat etiam renuntiatio tacita facta per assensum præstitum ab eadem muliere alienationi factæ per maritum; illis non extantibus, sicuti illa non tenet, ita nec ista, & sic de similibus *Negusantius de pign. d. membr. 3. part. 2. num. 85., Petrus Barbosa lib. 1. part. 5. n. 59., Augustinus Barbosa collect. ad dict. l. iubemus n. 9., Ioannes Angelus Bossius de dot. c. 18. n. 100*

Ratio huius assertionis ex eo deducitur, quia non videtur maior ratio in tacita hypotheca quoad illius renuntiationem faciendam, quando eidem renuntiatur expresse, ac quando renuntiatur tacitè per ea, quæ habet *Negusantius loc. cit. num. 85.*, sed manifestè pro vtraque militat eadem ratio *arg. l. cum quid, ff. si certum petat.*, hocque totum videtur clarè colligi *ex l. si debitor, §. 1. l. Paulus in princip. ff. quib. mod. pign., vel hypoth. sol. l. 2. C. de remissione pig.* Quoad exceptiones, limitationes, & ampliationes in hac assertione eodem modo loquendum est, quo locuti fuimus de expressa renuntiatione in præcedenti assertione.

Iura euincētia intentum

SECTIO XI.

An bona mariti minoris sint tacitè obligata pro dote vxoris.

RAtio potissimum dubitandi ex eo consurgit, quod minor sine auctoritate tutoris, & decreto Iudicis non videtur posse bona sua immobilia alienare, & per consequens nec hypothecæ subijcere; iuxta quæ *Baldus Nouellus de dot. part. 6. priuil. 58. num. 1., Negusantius de pign. membr. 4. part. 2. num. 74., Petrus Barbosa in l. si constante num. 128. ff. solut. matrim.*, & *alij* loquentes de muliere minori asserunt, quod sicuti non potest constituere dotem maximè in bonis immobilibus sine curatore, & decreto Iudicis *l. lex qua tutores, C. de administ. tut.*, ita etiam obligare non possit eadem sua bona immobilia pro dote cum hypotheca, nam hypotheca tanquam accessoria sequitur naturam suæ principalis obligationis *l. 2. C., quas person. no. acq.* Ex quo etiam consequenter deducunt, quod, si maritus minor receperit dotem ab vxore non interueniente curatore, nec decreto Iudicis, & non habuerit, nisi bona immobilia, huiusmodi bona immobilia non remaneant tacitè hypothecata pro dote. Nihilominùs sit.

80 Assertio. Non minus bona mulieris minoris immobilia intelliguntur tacitè obligata, & hypothecata pro solutione dotis promissæ, quando alia bona mobilia non extant, ac hypothecata remaneant bona mariti minoris immobilia pro restitutione dotis receptæ, quantumuis illa promisser it sine auctoritate curatoris, & Iudicis decreto; iste receperit, Ità quoad maritum minorem recipientem dotem etiam siue auctoritate curatoris, & Decreto Iudicis *Baldus Nouellus de dot. part. 6. priuil. 50. num. 1., Mantica de tac., & ambig. lib. 11. tit. 21. per tot., & præcip. num. 22., Cæuallus comm. cont. quæst. 132., Petrus Barbosa in l. si constante num. 126., & num. 128. ff. solut. matrim.* Quoad vxorem verò promittentem idem *Mantica d. tit. 21. num. 12., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote cap. 8. num. 65.*, & alij tum apud *ipsum Bossium, tum apud Tiraquel. ad l 8. connub. num. 188.*

Ratio quoad maritum minorem recipientem dotem ex eo deducitur, quia tacita hypotheca inducta in bonis mariti ob securitatem dotis receptæ est inducta ex dispositione iuris per textum *in l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxoria act.*, ergo marito minore eandem recipiente non erit, cur eiusdem bona, quantumuis immobilia in securitatem eiusdem non intelligantur hypothecæ subiecta. Consequentia probatur quia dispositio iuris aliquid statuens, & determinans in aliquo genere contractuum afficit omnes, qui in illo genere possunt contrahere, nec in illo genere prohibentur à iure contrahere, & cum ius ipsum cuicunque etiam minori permittat liberè matrimonium contrahere, non est, cur vetet ad sustinenda onera eiusdem, quin possit dotem recipere, & cum de facili non posset inuenire, qui dotem solueret, nisi qui bona hypothecæ subijceret pro illa, non est, cur iura, quæ eidem permittunt matrimonium, non permittant etiam ea præstare, quæ possunt conducere ad illius contractum, & sine quibus contractus ipse non posset de facili iniri, & consummari. Deinde iura ipsa possunt inducere tacitam hypothecam in bonis minorum, quantumuis immobilibus, ergo permittendo contractum, cui eadem iura addixerunt hypothecam, debent intelligi permittere, & inducere in bonis eorumdem hypothecam.

Iura, quæ permittunt matrimoniū permittunt ea, quæ ad illud possunt conducere.

Iura possunt inducere hypothecam in bonis minorum.

Confirmari potest, quia ius permittit contractum matrimonialem minoribus, ideò quoad illum non requirit auctoritatem curatoris, nec decretum Iudicis, sed per se ipsum supplet illorum defectum, ergo etiam, quia ius permittit minorem dotem recipere, debemus dicere, quod permittat, ea præstare, quæ necessaria sunt ad eam de facili recipiendam, & sine quibus non consequeretur, ergo ea permittendo non videtur auctoritatem curatoris requirere, sed per se ipsum illius defectum supplere, præcipuè, cum qui supplere potest, & de facto supplet defectum quoad principale, intelligendus sit supplere etiam

Ius ipsum supplet quoad hoc defectum curatoris.

quoad accessoria, quando sunt necessaria ad onera contractus sustinenda.

Ratio quoad secundam partem, nempè quoad vxorem minorem dotem promittentem ex eodem capite facilè deducitur, quia ius permittit minorem mulierem contrahere matrimonium etiam sine auctoritate curatoris, & Iudicis decreto, vt est in confesso apud omnes, & secundum communem praxim seruatur, ergo etiam intelligitur permittere, vt congruam dotem sibi constituat necessariam ad contrahendum, & ad sustinenda onera contractus, & per consequens, vt bona sua pro illa soluenda possit obligare, seu saltem, vt in eiusdem bonis hypotheca à iure inducta *in d. l. vnica*, §. *& vt plenius*, *C. de rei vxor. act.* introducatur, nam ius, quod aliquod permittit, permittit etiam ea, quæ veniunt in consequentiam permissi *argum. l.2. ff. de iurid. omn. iud.*, & multa in consequentiam permittuntur, quæ principalitèr, & directè prohibentur *l.1., & ibi Bartolus, ff. de act. tut.*

Ius aliquid permittens permittit etiam ea, quæ veniunt in consequentiam

Ex ijs erit facilè respondere ad rationem dubitandi in principio propositam, quamuis etenim minores, siue sint masculi, siue fœminæ prohibeantur à iure bona sua immobilia sine auctoritate curatoris, & decreto Iudicis alienare, & per consequens etiam obligare *l.1. §.1., & §. fin. ff. de rebus eorum, & l. lex, quæ §.1. ff. de administ. tut.*, quia prohibita alienatione censetur etiam prohibita obligatio, pignoratio, & hypotheca, *l. vltim. C. de reb. alien., non alien.*, nihilominus hæc procedunt, quando ex directo, & principalitèr hoc præstarent, secus autem, quando id veniret in consequentia actus, qui eisdem ex dispositione iuris liberè permittitur; tunc etenim ius permittens actû principalem videtur etiam implicitè, & tacitè permittere ea, quæ veniunt in consequentiam talis actus permissi, &, sicuti ius ipsum quoad substantiam actus supplet defectum ætatis requisitæ à iure ad validè contrahendum, & auctoritatis curatoris, & Iudicis, ità quoad accessoria, & consequentia illorum defectum supplere arbitrandum est.

Iura prohibent directè alienationem secus quãdo venit in consequentia.

Dices ea, quæ dicta sunt quoad minorem maritum recipientem dotem videri congruentiori rationi inniti, quam ea, quæ dicta sunt quoad mulierem minorem promittentem, quandoquidem maritus minor recipiendo dotem meliorem facit suam conditionem, nam per talem receptionem patrimonium suum quodamodò auget, & non diminuit; mulier verò per talem promissionem potiùs diminuit, quam augeat. Propter hanc rationem Doctores plerique, qui statuunt maritum minorem recipientem dotem contrahere in suis bonis, quantumuis immobilibus tacitam hypothecam pro securitate eiusdem, negant vxorem minorem eandem dotem promittentem contrahere eandem in suis bonis immobilibus *Petrus Barbosa in l. si constante num.128. ff. sol. matrim.*, vbi pluribus citatis latè explicat hanc inter maritum, & vxorem minores differentiam. Sed contrà, quia quoad hypothecam æqualitèr contrahunt onera maritus recipiens, & vxor promittens, nam, si illa promittendo contrahit hypothecam in suis bonis immobilibus, hic recipiendo eandem contrahit in suis; Quod deindè ille augeat quodamodò suum patrimonium, hæc diminuat, est ex natura ipsius contractus, secundum quem vxor præstat dotem, & deindè, si illa diminuit suum patrimonium, hic subit onera eiusdem contractus illam assumendo in consortium suorum bonorum, alendo, omniaque necessaria præstando, tam ad ipsius conseruationem, quam ad communis prolis educationem, vndè inter eosdē seruatur quoad onera æqualis, & proportionata habitudo.

Æqualitèr contrahunt onera maritus recipiens dotem, ac vxor promittens.

SECTIO XII.

An fideiussorum bona accedentium pro dotis promissæ solutione sint tacitè obligata in fauorem mariti.

IAm suprà attigimus, quod vxor soluens marito suam dotem, de qua conuenerunt, non possit ab eodem marito exigere fideiussores pro securitate eiusdem; è contra possit maritus pro dote sibi ab vxore, vel eius Patre promissa eosdem petere fideiussores ad effectum, vt eadem dos sibi promissa conferatur. Suppono iam, quod pro dote marito promissa adiecti fuerunt fideiussores, & quæro, an, sicuti bona vxoris, & Patris, seu alterius, qui dotem promiserit sunt tacitè hypothecata in fauorem mariti pro tali dote ex *vi d. l. vnica*, §. *& vt plenius*, *C. de rei vxor. act.*, ità & bona eorundem fideiussorum, qui accesserunt, saltem in subsidium intelligantur tacitè obligata.

Rationes dubitãdi circa propositũ titulum.

Assertio. Probabilius est, bona fideiussorum accedentium pro vxore, seu eius Patre, qui dotem promiserunt in fauorem mariti esse tacitè hypothecata pro securitate eiusdem dotis. Hanc assertionem existimo consonam iuri, & rationi, hancq; sustinent *Negusantius de pignoribus memb. 5. partis 2. num.62., Mantica de tacitis, & ambig. lib.11. tit.19. num.40., Gomez ad l.50. Tauri nu.37. vers. sed extende, Molina de instit. disp.438., Bossius de dote c.18. num. 18.* Sed antequam ad probationem assertionis deueniam placet aduersariorum obiectum confringere.

81 Asserunt igitur, quia priuilegium tacitæ hypothecæ potissimum habetur ex textu

in

in d.l.vnica,§.& vt plenius C.de rei vxor act. sed ibi dumtaxat inducitur ex vtroq.latere respectu promittentis, & recipientis, non autem respectu adiectorum ad maiorem securitatem, ergo non est extendenda ad adiectos, nempè ad fideiussores. Consequentia tenet, quia priuilegia non sunt extendenda vltra eos casus, & personas ad quos, seu quas extendit dispositio iuris concedentis huiusmodi priuilegia. Minor probatur ex eodem textu, vbi sic legitur. *In huiusmodi actione damus ex vtroque latere hypothecam, siue ex parte mariti pro restitutione dotis, siue ex parte mulieris pro ipsa dote restituenda.* Sed hoc obiectum eludunt subsequentes particulæ. Ibi *siue ipsa principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, siue alia pro his persona*, vbi pro ly, *siue pro his persona* intelligi nequeunt, nisi fideiussores, cum isti pro principalibus promiserint; Nec obesse potest, quod illa verba *siue alia pro his persona* non referantur ad fideiussores accedentes pro promissione facta a Patre, seu ab alijs, sed ad eos, qui vel intuitu Patris, vel aliorum, ad quos spectaret dotem contribuere, ex se principalitèr dotem promittunt erogare, quæ explicatio maximè consonat cum verbis subsequentibus, *& dos siue aduentitia, siue profectitia sit secundum veteris iuris nominationem.* Non inquam, obesse potest, quia ly, *seu alia pro his persona promiserit*, stat ampliatiuè, quod propterea extenditur ad quoscunque promittentes.

Ratio in oppositũ adducta, eiusque solutio.

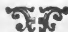
Probatur iam assertio, quia priuilegium tacitæ hypothecæ inductum est ea consid ratione, ne mulier remaneat indotata, & quocunque modo pro illa possit prouideri, vt per illam ustineantur onera matrimonij, ergo, si in bonis promittentis principalis de sufficienti hypotheca non fuerit prouisum, dispositio legalis erit extendenda ad bona adiecti, seu fideiussoris, cum & ipse accesserit pro eadem dote. Accedit, quod hypotheca oritur ex actione dotis, eidemque actioni est alligata, ergo aduersus quemcunque competit actio dotis, competere etiam debet ius hypothecæ, sed aduersus fideiussorem competit actio dotis, ergo &c. Sub umpta minor probatur ex eo, quod communiter docent Doctores. Mulierem maiorem 25. annis posse fideiubere pro alio promittente dotem, seque obligare pro illo, ex qua obligatione postea consurgit actio. *Vincentius de Franchis decis.182., & decis.237., Negusant.de pign. memb 1.part 8.num.24, Tiraquel de retract. consang.§ 1 glos.14.nu.100., Hondedeus cons. 45 n.23, Stephanus Gratianus discep.for.tom. 2 c.233 nu.44, Molina de iust.disp.540 n.15. vers 2, Rebell.de oblig iust.part.2.lib.16. qu. vnica de fideiussoribus nu.12 vers.2.*, ergo a fortiori poterit alius legitimè obligari, &

Priuilegium inductum est, ne mulier indotata remaneat

ex tali obligatione oriri actio, & vtique dotis. Accedit secundò, quod fideiussor pro dote, quantumuis ex nudo pacto promiserit, obligatur ex stipulatu propter speciale ius eiusdem dotis, quod non militat in fideiussoribus secundum se ex alijs causis, quæ stipulatio inducitur ex dispositione iuris *in dict.l.vnica, C.de rei vxor. act.*, quod adeò verum est, vt communitèr doceant Doctores, quod mulier, quæ intercessit pro alia talem assumat obligationem, vt nec iuuari possit Velleiano *l.profectitia §.si Pater non quasi Pater, ff.de iur.dot., & l. fin.C.ad Velleian., Glos.in l.1.C.ne fideiussores dotium dentur, Placentinus in summ.C. lib.5 tit.20.in fin., Duarennus c.4.de dotibus, & dotium iure tit.sol.matrim., Baldus Nouel. de dot.part 6.priuil.21.n.9., Stephanus Gratianus discept for.tom.2.c.233.n.44., Fontanella de pact.nupt.claus.12.glos.vnic.num.16. Antonius Merenda controu. iuris lib 6. c.12. nu 4.* ex Theologis *Molina de iust.disp.425., Castrus Palaus de iust.disp 9 punct.8. num.1.*, quæ vtique omnia procedunt in fauorem dotis, quæ præualet cuicunque iuris dispositioni, ergo non est etiam, cur ex speciali priuilegio hypotheca pro eadem constituta non extendatur etiam ad fideiussores, sicuti ad eosdem extenditur etiam actio ex stipulatu, quantumuis propriè stipulatio non sit.

Probatur secundò, quia actio fideiussoria est actio accessoria ad actionem principalis, vt per se patet, sed accessorium, vtpotè sequēs naturam sui principalis eisdem oneribus, & iuribus subesse debet, quibus subiacet principale, *arg tex.reg.accessorium de reg.iur. & l.1.C.per quas personas*, ergo, si principalis quoad sua bona subiacet hypothecæ pro dote, non erit, cur eidem subiacere non debeat fideiussor. Accedit, quod in casu specialitèr dotis fideiussor adiectus simul cum principali promissore dotis non inducit nouam obligationem, sed solum addita mentum maioris cautionis primæ, & tali casu etiam de iure digestorum non fiebat nouatio, sicque est solummodò quædam extensio prioris obligationis, ergo in fauorem mariti agentis ad exactionem dotis idem ius debet militare quoad principalem, ac quoad accessorium cum hoc solo discrimine, quod prius debet discuti principalis, ac deueniatur ad fideiussorem iuxtà communem regulam.

Accessorium eisdem iuribus subest quibus principale.



SE-

SECTIO XIII.

An non obstante hypotheca legali, quam habet vxor in bonis mariti ratione dotis possit maritus id tantum restituere, quod commodè potest, ne egeat, an verò teneatur integrè satisfacere.

Variæ rationes dubitãdi proponũtur sub hoc titulo

SVb hoc titulo examinari possent plures difficultates, quas latè proponit, examinat, & discutit *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 11. per totum*, tùm in ordine ad socerum mariti Patrem vxoris, qui promittit dotem genero pro filia eidem nupta, tùm in ordine ad Patrem, si conueniatur à filia soluto matrimonio ad dotis promissæ solutionem, tùm in ordine ad vxorem, vel Patrem eiusdem, si conueniatur à marito, tùm in ordine ad maritum, si conueniatur ab vxore, tùm in ordine ad extraneum dotatorem, qui non ex necessitate, sed ex liberalitate dotem pro muliere viro promisit, si ab eodem conueniatur, vel ab vxore, tùm in ordine ad fratrem, qui dotem promisit sorori, tùm in ordine ad maritum, si conueniatur ab hęredibus vxoris defunctæ, & alia huiusmodi; sed quia hæ omnes difficultates videntur potius pertinere ad tractatum de dote, quam ad pręsens institutum, ideò eas remittendo ad propriam sedem ad has duas in genere me restringo, an scilicet maritus, qui dotem recepit a coniuge, vel eius Patre, si conuentus fuerit ad eam restituendam, & restituendo grauitèr egeret, possit gaudere priuilegio, vt tantum restituat, quantum commodè potest; & compromissor dotis, qui in contractu matrimonij non soluit, tandem conuentus, vel ab eadem muliere, vel à marito ad talem dotem soluendam possit gaudere tali priuilegio, ne egeat.

Notabilia ex alibi dictis circà hoc priuilegiũ

Plura de hoc priuilegio, vt quis non teneatur, nisi quantum commode facere potest, ne egeat, tùm in ordine ad personas, quibus conceditur, tùm in ordine ad qualitates, quibus afficitur, tùm in ordine ad effectus, qui ex ipso consequuntur, egimus *tom. 3. sub tit. Contractus VI. de societate à prænot. 5. ad X. inclusiuè*, quæ tu ibi repete, & hic seruata proportione applica.

82 Assertio I. Marito, si ab vxore, vel ab eius hęredibus soluto matrimonio per mortem vxoris conueniatur actione pro dote, seu ex causa restitutionis dotis, quàm receperat, competit priuilegium, vt non possit condemnari, nisi quatenus facere potest, & deducto, ne egeat, *Campegius de dote part. 3. à quæst. 236. ad 270., Mysingerius, §. fuerat n. 41., & §. item si de dote instit. de act., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 12. tit. 11. num. 13., Surdus de alim. tit. 1. quæst. 68., & tit. 8. priuil. 74., Petrus Barbosa in l. maritum 13. ff. solut. matrim., Fontanella de pact. nupt. clau. 7. glos. 3. part. 11., Antonius Ricchardus in manuduct. iur. ciuil. ad praxim part. 2. præcept. 9., Augustinus Barbosa collect. ad l. vnicam num. 33., & seqq. C. de rei vxoriæ act., Rebellus de obligat. iust. part. 2. l. 5. quæst. 9., Fragosus de regim. Christianæ Reipubl part. 3. disp. 5. §. 5., Castrus Palaus de iust. tract. 32. disp. 9. punct. 20. §. 3., Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 11. n. 38., & seqq.*

Clarè deducitur *ex l. maritum, ff. sol. matrimonio l. patronus, & l. non tantum ff. de re iudicata, l. vnica §. cum autem, C. de rei vxoriæ act., & ex d. §. fuerat, & §. item, si de dote instit. de act.* Ratio autem, in qua fundantur huiusmodi iura, duplex quodamodò esse potest, altera, quæ deducitur *ex l. alia, §. elegantèr, ff. sol. matrim., & d. l. vnica, §. cum autem, C. de rei vxor. act.*, est reuerentia, quam debet vxor marito exhibere; nõ enim congruum est, vt eadem vxor patiatur maritum, cui reuerentiam præstare debet ex iure naturali, emendicare, vt possit viuere; altera est societas non solum in affectibus, sed etiam in rebus quodamodò communis, quæ societas colligitur *ex l. ex diuerso, ff. sol. matrim., & ex l. si rerum, ff. de re iudic.*

Causæ finales, seu rationes talis priuilegij

Hæc iura, & rationes videntur dumtaxat militare de marito in ordine ad vxorem propter reuerentiam, & societatem, non autem in ordine ad eiusdem vxoris hæredes, qui nec coniugalem reuerentiam cum eodem marito habent, nec societatem; nihilominus, & priuilegium mariti aduersus eosdem extendi communitèr docent Doctores *Petrus Barbosa in l. maritum num. 79. ff. solut. matrim., Fontanella de pact. nupt. claus. 7. glos. 3. part. 11. num. 89., Mastrillus decis. 93. n. 9.* & expressè deducitur *ex l. post diuortium 28 ff. solut. matrim*, & licet huiusmodi hæredes non afficiantur illis qualitatibus naturalis reuerentiæ, & societatis, quibus afficitur ipsa vxor, cuius sunt hæredes, erga maritum, quia tamen ijdem hæredes non habent ius, nisi dependentèr ab eadem vxore, cuius sunt hæredes, videntur obligari ad ea seruanda, quæ seruaret eadem vxor, si adesset, quæ ratio militat etiam aduersus legatarios eiusdem vxoris, per ea, quæ notat *Ioannes Angelus Bossius d. cap. 11. num. 54.* 83

Amplia primò assertionem, vt maritus possit se tueri tali priuilegio aduersus fiscũ, si fortè bona vxoris ob delictum eiusdem vxoris fuerint confiscata, vt benè notant *Petrus Barbosa in d. l. maritum n. 79 ff. solut. matrim., Campegius de dote part. 3. qu. 238. in fin., Ioannes Angelus Bossius d. c. 11. num. 55. in fin.*, & expressè colligitur *ex l. si maritus, ff. sol. matrim.*, hocque ex æquitate, ne scilicet propter mulierem teneatur mendicare, 84

Am-

85 Amplia secundò, vt non solum maritus, sed etiam socer pater mariti, ad quem dos deuenit, si conueniatur per nurum ad dotis restitutionem, gaudere possit priuilegio, ne condemnetur, nisi quatenus commodè facere possit. Hanc ampliationem admittunt Doctores omnes citati pro assertione. Expressè colligitur *ex l. sicut, ff. de re iud.*, & *ex l. rei iudicatæ*, §. *si socero*, *ff. sol. matrim.* Ratio autem huius ampliationis ea est, quia nurus Patri mariti debet reuerentiam, quia habetur loco ipsius mariti, *l. quia parentis, ff. sol. matrim.*, tùm quia est tanquam caput familiæ, in qua est ipsa nurus, *l. 2. §. si pater necatus, ff. de Senat. Consult. Sillaniano*; tum quia maritus, & vxor cum reputentur vna, & eadem caro *c. ex publico de conuent. coniug.*, sicuti maritus tenetur exhibere reuerentiam Patri, ita & vxor eiusdem tenetur talem reuerentiam præbere; ex quadeinde oritur illud priuilegium &c.

Etiam socer gaudet hoc priuilegio.

Nurus habet socerũ loco parentis.

86 Limita primò in marito putatiuo, cuius matrimonium non fuit validum, & verum, sed nullum ratione impedimenti dirimentis, qui certè non gaudet tali priuilegio aduersus vxorem putatam contendentem ad restitutionem dotis, *Ioannes Andræas*, *Panormitanus in dict. c. 1. de donat. inter vir.*, & *vxor. verb. totam*, *Campegius de dote part. 3. qu. 238. vers. septimo*, *Coaruuias de sponf. part. 2. c. 6. § 8. n. 26.*, & alij communitèr, quidquid contrarium dixerint *Glosa in d. cap. 1. de donat. inter vir.*, & *vxor.*, *Corrasius in l. qui liberos num. 52. ff. de rit. nupt.* Ratio huius limitationis ea est, quia huiusmodi priuilegium est concessum marito, qua maritus est, ob reuerentiam, quam eidem debet vxor per superiùs notata, sed maritus putatiuus in casu præsentis hypothesis, nec propriè maritus est, & cognito impedimento, seu inualiditate contractus eidem non est debita reuerentia coniugalis, ergo respectu eiusdem non intelligitur concessum priuilegium. Confirmari potest ex eo, quod plurima priuilegia concessa maritis non intelliguntur extendi ad maritos putatiuos, & singulariter dilatio concessa maritis ad restitutionem dotis, iuxta textum *in l. vnica*, § *exactio*, *C. de rei vxor. act.*, non competit putatiuis *Petrus Barbosa in d. l. maritum n. 43. vers. secundus intellectus, ff. sol. matrim.*, *Fachinæus contr. iuris lib. 10 c. 30. vers. & in puncto*, ergo &c. Neque obesse potest, si asseratur, quod iuxta superiùs allegata mulier pro dote putatiua habeat priuilegium prælationis in bonis mariti, ex quo videtur etiam deduci, & congruè posse, maritum putatiuum gaudere priuilegio, vt ad tantum dumtaxat teneatur, quantum commodè potest, ne egeat, vt seruetur reciproca priuilegiorum inter maritum, & coniugem proportio; Non inquam, obesse potest, quia in primo casu de priuilegio prælationis non solum militat ius priuatum mulieris, sed etiam commune Reipublicæ, ne vxores indotatæ remaneant, neque ob hanc causam Respublica ciuibus destituatur, prout habetur *in l. 3. C. de priuil. credit.* quod non euenit in casu mariti, qui non afficit bonum publicum, sed priuatum eiusdem & priuilegium concessum est præcisè intuitu reuerentiæ eidem debitæ, vt marito, quod non militat in casu, quo talis est solummodò putatiuè.

Maritus putatiuus non est propriè maritus.

Dilatio concessa maritis non competit putatiuis.

87 Limita secundò, vt huiusmodi priuilegiũ concessum marito, vt non condemnetur vltra quam possit in dotis restitutione, non competat mariti hæredibus extraneis, quæ limitatio potissimum colligitur *ex l. maritum cum l. sequ. ff. soluto matrim.*, vbi sic legitur. *Maritum in id, quod facere potest condemnari exploratum est, sed hoc hæredi non est præstandum, quia tale beneficium personale est, & cum persona extinguitur.* Sed, an competat hæredibus mariti necessarijs, & suis, lis est inter Doctores, & quidem, quod eisdem non competat videtur ex eo deduci, quod dicitur in allegato textu, quod *cum persona extinguitur*, quoad iura autem per mortem extincta hæres non potest personam defuncti repræsentare; ex alia parte cum communitèr Doctores explicent prædictum textum quoad hæredes dumtaxat extraneos, videntur in dicto priuilegio includere hæredes suos, & necessarios, *Campegius part. 3 de dote q 242*, *Surdus tit. 1. q. 78. n. 37.*, & *tit. 8. priuileg 84 n. 2.*, *Molina de iust disp. 442. n. 6.* ex eo, quod hæres suus, & necessarius censeatur eadem persona, si non formalitèr, saltem æquiualenter, etiam quoad iura, & onera personalia. Tutiorem existimo partem negantem, quam videtur efficacitèr euincere textus allegatus, dum dicit, quod cum persona extinguitur. quod etiam confirmat textus *in l. rei iudicatæ*, §. *hæredi*, *ff. eod.*, vbi dicitur *hæredem mariti in solidum condemnari*.

Nec hoc priuilegiũ competit hæredibus mariti.

Æquè intelligitur de hæredibus extraneis ac de suis & necessarijs.

Quoad hanc limitationem suboritur difficultas, primò, an hoc priuilegium, quod dicitur negari hæredibus mariti, ita strictè sit illis denegandum, vt nec competere possit filijs eiusdem hæredibus. Qua in re distinguunt Doctores; vel enim filij hæredes mariti sunt proprij eiusdem ex alio matrimonio, seu ex alia vxore, vel sunt communes eiusdem, & vxoris repetere contendentis suam dotem. Iuxta primum membrum distinctionis *Glosa in l. etiam suprà cit.*, asserit absolutè hoc priuilegium competere filijs mariti etiam ex alia coniuge, ex quo videtur a fortiori sustinere competere filijs communibus eiusdem, & vxoris. Iuxta secundum membrum communior sententia habet, quod priuilegium illis illimitatè, & sine restrictione conuenit. Absolutè sentiendum est, quod & priuilegium filijs 88

Dubium excitatũ, & discussum.

com-

communibus hæredibus mariti conuenit, & non conueniat filijs hæredibus eiusdem ex alia coniuge. Ita in vniuersum sentiunt *Molina de iust. disp.442. num. 6.*, *Petrus Barbosa in d. l. maritum n.74.*, *Menochius cons 40. n.34.*, & alij plures, quos refert *Campegius 3. part. de dote qu.160* Quod non competat filijs eiusdem ex alio matrimonio, seu alia coniuge euincitur *ex d. l. etiam*, vbi sic legitur, *Etiam filios mulieris, qui Patris hæredes extiterunt in id, quod facere possunt, condemnandos Labeo ait*, vbi nota illam particulam, *etiam filios mulieris*, quæ est restrictiua, & proindè non est extendenda vltrà illos. Quod verò competat filijs communibus eiusdem mariti, & vxoris, euincitur etiam ex eodem textu per eadem verba, *etiam filios mulieris, qui Patris hæredes extiterunt*; nec obesse potest præallegatus textus *in l. maritum cum lege sequent. ff. solut. matrim.*, vbi dicitur, quod *tale beneficium est personale, & cum persona extinguitur*; non inquam, obesse potest, quia huiusmodi priuilegium filijs communibus in præsenti non conceditur ratione personæ patris, & ex dispositione illius iuris *in d. l. maritum*, sed in persona propria, & ex vi alterius iuris *in d. l. etiam*, quæ specialitèr disponit de eisdem filijs communibus, & per ipsam importatur nouum priuilegium distinctum à priuilegio patri concessum propter strictam coniunctionem, quam habent filij ab vtroque parente.

Non est extēdendū vltrà filios mulieris.

Est ex dispositione alterius iuris.

89 Affirmatiua sententia exponitur cum suo fundamento.

Secundò suboritur difficultas, an etiam filij proprij eiusdem mariti ex alio matrimonio, alijque hæredes extranei eiusdem excludantur a tali priuilegio, quando ipse maritus, cuius illi sunt filij, vel hæredes, antequam decederet, litem contestatus est super exceptione præfati beneficij. Qua in re *Socinus, & Cumanus in l.2. § sanè, ff. de except.* videntur asserere, quod in ea hypothesi nec filij ex alio matrimonio, nec alij hæredes extranei excludantur a tali beneficio, qui ea ratione mouentur, quod maritus viuens per litis contestationem quendam quasi contractum celebrat *l.3. §. idem scrib. t, ff. de peculio*, per quem actio ex quasi contractu ad hæredes transmittititur. Contrarium tamen sustinent alij communius ea ratione, quod mortuo marito post litis contestationem, ante sententiam tamen Iudicis, actio vxoris adhuc remanet integra, & non extincta, adeoque, quod eadem vxor contra hæredes possit agere ex integro, cum illi non possint se tueri iure per maritum acquisito, cum per solam litis contestationem maritus nullum ius acquisierit; ex quibus deindè respondent ad rationes Socini, & Cumani asserentium, quod diuersum est in actione, ac in exceptione; in actione quippè competente ad aliquid petendum contestata per actorem lite, illud, quod alias non videbatur in bonis, incipit in illis videri *l. cui 12 ff. de verb. signific.*; in exceptione verò, prout euenit in casu præsenti contestata lite super eadem exceptione, cum non sit ad aliquid petendum, nullum ius incipit esse in excipiente ad elidendam actionem aduersarij, nisi saltem post secutam sententiam. Quid iam concludendum? Non contemnenda videntur iura Cumani, & Socini, quandoquidem maritus per illam litis contestationem super exceptione beneficij firmat ius, quod sibi ex dispositione iuris concessum est, & sicuti in casu, quo contestata iam lite maritus consecutus esset sententiam super exceptione beneficij, ius per eundem quęsitum transfunderetur in hæredes, vt asserit *Petrus Barbosa in d. l. maritum nu.78. vers. vndè infertur, ff. sol. matrim.*, ex vi eiusdem beneficij sibi à iure concessi non simplicitèr, cum hoc sit personale, & extinguatur in persona mariti, sed supposita sententia, quæ firmat idem beneficium, & constituat ius trasferibile in hæredes, ita etiam in casu, quo per contestationem litis excepisset de tali beneficio, quę exceptio respicit priuilegium iuris, & quodamodò ius saltem incohatiuè firmat, posset illud transferre in hæredes, non quidem vi priuilegij præcisè, quod ad illos non extenditur, sed vi eiusdem exceptionis, & iuris dependentèr ab illa acquisiti, cum constituat quasi contractum, per quem actio ad hæredes transmittitur. Nihilominus probabilius existimo, quod nedum per contestationem litis, sed etiam post sententiam Iudicis ius illud, quod non possit conueniri, nisi in quantum commodè facere potest, non transeat ad hæredes eiusdem mariti extraneos, nec ad filios eiusdem ex alio matrimonio per ea, quæ docent *Baldus in l.2. n.4, C. quod cum eo*, *Rebellus de oblig. iust. part.2. lib 5. qu 9. num.27.*, quia sententia aliud non efficit, quam quod declarat id, quod ex begnigna iuris concessione competit marito, non enim sententia confert tale priuilegium, sed ius ipsum, sed id, quod competit marito ex iuris begnignitate est personale, & extinguitur in morte eiusdem mariti, ergo &c. Accedit, quia tale priuilegium conceditur marito ob indigentiam, tanquam ob causam, ergo mortuo marito illud priuilegium amplius non viget, cum ex vulgatis iuribus cessante causa concessionis cessare debeat, & ipsa concessio, *Tiraquel. in tract. cessante causa n.210.*

Negatiuā sententia exponitur, & præfertur

Sentētia videtur firmare beneficiū

90 Etiam accedēte sententia hæredes extranei non gaudent beneficio.

Conceditur ob indigentiā tanquam ob causā.

Ex dictis deduces primò, quod marito hoc priuilegium, ne scilicet conueniatur in plus, quam quod commodè potest efficere, non solum competit, quando conuenitur pro dote, seu nomine dotis, sed etiam quando conuenitur ex causa alterius contractus celebrati inter coniuges constante matri-

91 Competit etiam ob alias causas inter coniuges.

monio. *Surdus q. 78. n. 13., Petrus Barbosa in d. l. maritum num. 56., & 59. ff. sol. matrim.* Euincitur *ex l. non tantum, ff. de re iudic.*, vbi sic legitur. *Non tantum dotis nomine maritus, quantum facere potest condemnatur, sed ex alijs quoque contractibus ab vxore iudicio conuentus, in quantum facere potest, condemnandus est ex D. Pij constitutione, quod & in persona mulieris æqua lance seruari æquitatis suggerit ratio;* & hoc non ob solam reuerentiam coniugalem, sed etiam ob mutuam affectionem, quæ seruari debet inter coniuges.

Æquè militat titulus reuerētiæ

Hic dissident Doctores inter se, an hoc priuilegium, quod dicitur competere marito, non solum in causa dotis, sed etiam in causis aliorum contractuum, sit intelligendum dumtaxat de contractibus initis constante matrimonio, & de conuentione facta per mulierem eodem perseuerante, an verò etiam de contractibus initis post matrimonium dissolutum, vel de eisdem contractibus initis tempore matrimonij perseuerantis, sed conueniente vxore pro tempore eiusdem iam dissoluti. Sentio primò, marito competere tale priuilegium quoad contractus initos constante matrimonio, siue conuentio per mulierem aduersus eundem fiat eodem durante, vel dissoluto. *Bartolus in d. l. non tantum, ff. de re iudic., & ibi Alexander nu. 8., Antonius Ricchardus in*
92 *manuduct. iuris ciuil. ad praxim part. 2. pracept. 9. n. 55., Petrus Barbosa in d. l. maritum n. 56. vers. item siue, & n. 90. in princip., & nu. 94.* aduersus *Glos. in dict. l. non tantum, & l. maritum, ff. sol. matrim., & l. si vxor marito verb. Iud. ff. de donat. inter virum, & vxor.* Ratio huius sensus ex eo deducitur, quod ex eodem motiuo, & ratione formali conceditur *ex d. l. non tantum, ff. de re iud.* priuilegium marito quoad contractus initos constante matrimonio in alijs causis, quo, seu qua conceditur quoad contractum dotis *ex d. l. maritum, ff. solut. matrim.*, sed dissoluto etiam matrimonio maritus quoad contractum dotis conueniri non potest ab vxore vltra id, quod commodè præstare potest per ea, quæ superiùs dicta sunt, ergo etiam eodem dissoluto quoad contractus initos eodem constante non poterit conueniri vltra id, quod commodè potest efficere. Maior videtur clara, quia motiuum concessionis in vtroque textu est mutua affectio, & coniugalis reuerentia. Consequen-
93 tia tenet, quia vbi est eadem ratio, eademque concessio, ibi debet esse eadem extensio, & ampliatio. Secundò probabilius esse, si contractus fuerint initi post dissolutum matrimonium, & post idem maritus conueniatur, non possit idem maritus gaudere dicto priuilegio, ne conueniatur vltrà quam commodè possit, *Glosa in d. l. diuortio verb. facere ad fin. ff. de negot. gest., Bartolus in l.*

Ex eodē motiuo conceditur priuilegium in causa dotis, siue in alijs causis.

maritum n. 90. vers. sed non placet, ff. solut. matrim., quibus adhærere videtur *Ioannes Angelus Bossius de dot. c. 11. n. 44.* Rationem ex eo deducerem, quod tale priuilegium concessum est marito, quatenus maritus est, sed quando huiusmodi contractus cum vxore per eundem celebrantur, & quando conuenitur, vtpotè quod supponitur matrimonium dissolutum, non est propriè maritus, nec agit vt talis, sed vt extraneus, ergo eidem non videtur competere tale priuilegium; vndè meritò *Petrus Barbosa loc. cit.* asserit, quod in hac materia non debeat attendi tempus, quo vxor conuenit maritum, sed potius tempus, quo celebratus fuit contractus, cuius ratione fit conuentio.

Nō ageret, vt maritus, sed vt extraneus

Deduces secundò, quod marito compe- 94
tat hoc priuilegium, non obstante tacita hypotheca, qua afficiantur ipsius bona ratione dotis receptæ, quandoquidem legislatores, qui indulserunt marito in hoc priuilegio, optime nouerunt iura, quæ eidem vxori competunt ratione suæ dotis, & nihilominus priuilegium tale concesserunt, quod vtique fundatur in naturali pietate, quę in similibus videtur præualere. Verum tamen est, quod ius vxoris in ordine ad hypothecam, quam habet in bonis mariti, per tale priuilegium concessum marito non intelligitur simpliciter extinctum, sed solum quoda modo sopitum, & tantum conditionatè extinctum, nam si postea idem maritus deuenerit ad pinguiorem fortunam, ius hypothecarium vxoris illicò reuiuiscit vsque ad integram suæ dotis satisfactionem.

Hypotheca vxoris nō intelligitur extincta, sed sopita.

Hic disputant Doctores in inquirendo, 95
quæ, & qualis debeat esse inopia mariti ad hoc, vt gaudeat priuilegio, ne in plus conueniri possit, quam in id, quod commodè potest, & quomodò sit formandum iudiciū ad dignoscendum, quod tantùm solummodò, & non vlteriùs facere possit, ne egeat, sed quia nos fusè de hoc egimus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. de societate pranot. 9. per totum, & sparsim ibi per alias pranotiones,* ideò Lectorem ad ibi dicta remitto, quæ seruata proportione poterunt huic loco applicari.

Deciditur, quæ, & qualis debeat esse inopia mariti ad gaudendum hoc priuilegio.

Assertio II. Regulariter promissor do- 96
tis, si ex necessitate teneatur dotare mulierem, conuentus, vel à marito mulieris, vel ab eadem mulier potest se tueri priuilegio, ne in plus condemnetur, quam commodè efficere possit. Hæc assertio clariùs probari non potest, quam assignando personas promittentes, quæ gaudere possunt hoc priuilegio, & illas, quæ eodem gaudere nequeunt, vt saluetur illa particula *regulariter.*

Gaudet primò pater vxoris, qui dotem 97
promisit, siue conueniatur à marito vxoris, siue

siue ab eadem vxore, siue constante matrimonio, siue eodem dissoluto. *Glosa in l. ex diuerso, ff. solut. matrim., Alexander in l. rei iudicatæ num. 9 ff. eod., Campegius de dote part. 3. qu. 250., Lupus in rubr. tit. de donat. inter vir., & vxor. §. 21. num. 14., Molina disp 425. num.* 8. Singula explico, & probo. Dixi, *siue conueniatur à marito vxoris*, & quoad hanc particulam habentur expressa iura, & primò *in l. ex diuerso 30. ff. solut. matrimonio*, vbi sic legitur. *Ex diuerso, si socer ex promissione à marito conueniatur solet quæri, an eidem hic honor*, ibi erat sermo de hoc priuilegio, *habendus sit Neratius libris membranarum, & Proculus scribunt hoc iustum esse*. Secundò hoc idem quoad hoc præcisè habetur *in l. sicut, & seq. de re iud., & l. penult. ff. de iur. dot.* Rationem huius concessionis assignant communitèr Doctores, *Alexander in l. generalitèr num. 2. ff. de in ius vocando, Menochius conf. 22. num. 3, & alij ab eodem Menochio relati ibid.* consistere in eo, quod socer respectu generi dotem petentis se habeat loco parentis, eidemque debeatur quasi filialis reuerentia. Sed non ita facilè acquiescit huic rationi *Petrus Barbosa in d. l. maritum num. 61., & num. 63., & 64. ff. sol. matrim.*, dum asserit, socerum respectu generi haberi solùm loco parentis in eo sensu, quo eidem debetur affectio, & honor quidam, non autem propriè reuerentia filialis; nam diuerso modo se habet socer pater mariti respectu nurus, ac socer pater mulieris respectu generi, quia nurus nupta filio sub potestate Patris existenti habet socerum loco parentis, quia ipsa accedit viro, adeoque reuerentiam exhibere debet socero tanquam superiori, & præsidi eiusdem familiæ, gener verò non accedit vxori, nec transit in ipsius familiam, adeoque patrem vxoris non cognoscit superiorem, & præsidem suæ familiæ. Nihilominus sentiendum existimo, hoc priuilegium socero patri vxoris respectu generi petentis dotem promissam competere, nedum ratione affectionis, & illius honoris, de quo *Petrus Barbosa loco cit.*, sed etiam cuiusdam quasi filialis reuerentiæ, prout tradunt *Alexander in d. l. generalitèr nu. 2. ff. de in ius vocando Giurba decis. 42. num. 9. in princip.*, non enim hæc filialis reuerentia debetur præcisè ex eo, quod in vna, eademque familia sint sub socero tanquam sub capite, & superiore eiusdem familiæ, sed etiam ex eo, quod cum eodem socero habeant quodammodò sanguinis communionem; vxor etenim, & maritus sunt vna, & eadem caro, adeoque, sicuti vxor debet reuerentiam patri mariti, ita & maritus debet reuerentiam patri vxoris exhibere.

Socer respectu generi se habet loco parentis.

Est quasi quædam filialis reuerentia.

Dixi, *siue conueniatur ab eadem muliere*, quod certè à fortiori militat, ac militet iuxta superiùs dicta respectu generi dotem sibi promissam à socero petentis per ea, quę tradunt *Molina disp. 425. num. 8., Molfesius ad consuet. Neapol. part. 6. quæst. 9. num. 4.* propter communem regulam, quod parentes à filijs non possint conueniri, nisi in quantum facere possunt *§. sed, & si quis in Instit. de act., & l sunt qui, & l. seq. ff. de re iudicata*, nec immeritò hęc statuuntur, quandoquidem nedum iura, sed etiam naturalis pietas indita hominibus suadet per filios alimenta parentibus facultatibus destitutis præbenda esse, si ergo præberi debent, ergo, cum parentes habeant penes se bona eorundem filiorum, ea detinere poterunt in ea quantitate, vt non egeant huiusmodi alimentis. Hæc, quæ dicuntur, adeò vera sunt, vt socer mariti, & pater vxoris eo priuilegio gaudere possit, non solum quando vxor quæ est filia ipsius, ageret ad suam dotem consequendam, sed etiam, quando eadem defuncta nepotes, qui sunt filij eiusdem, agerent ad eandem dotem exigendam per ea, quæ habet *Ioannes Angelus Bossius de dot. c. 11. num. 23.*, quia, & ijdem nepotes filij vxoris præmortuæ debent filialem reuerentiam patri propriæ matris; quæ certè omnia verificantur, siue in ordine ad patrem mariti, siue in ordine ad patrem vxoris.

Parentes non possunt à filijs conueniri, nisi quantum cómodè possunt.

Dixi, *siue constante matrimonio, siue eodem dissoluto*, quandoquidem hic supponitur, quod maritus dissoluto matrimonio per mortem vxoris lucretur dotem, vel ratione pacti interpositi in celebratione contractus, vel ratione statuti disponentis dotem post mortem vxoris cedere marito, nam, si mortua vxore, & dissoluto matrimonio maritus non lucraretur dotem, sed ea transire deberet ad dotantem, locum non haberet hæc quæstio. Supposito igitur, quod dos marito acquiratur, socer conuentus à genero non esset condemnandus vltra id, quod commodè facere posset, siue conuentio fieret constante matrimonio siue eodem dissoluto *Glosa in d. l. ex diuerso, ff. solut. matrim., Alexander in l. rei iudicatæ num. 9. ff. solut. matrim., Campegius de dot. part. 3. quæst. 250, Giurba decis. 42. num 9. in princip., Lupus in rub. tit. de donat inter vir., & vxor., Molina disp. 425. num. 8., Ioannes Angelus Bossius de dote c. 11. num. 14.* Colligitur potissimum *ex l. penult. ff. de iur. dot.*, vbi sic expressè legitur. *Si de dote promissa agitur, non oportet, quantum facere potest, condemnari eum, qui promisit: Paulus, immò quoad extraneam attinet, semper hoc verum est, cæterum si manente affinitate dotem promissam Gener à socero petit, vtique in quantum facere potest, socer condemnabitur, si dirempto matrimonio agitur ex causa, ex persona id tribuendum puto. Quid enim si socer speciem futuræ dotis induxerit genero,*

Iura, quæ euincunt intentum

& cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, vt genero insidiaretur? Vbi vides in primis, quod hoc priuilegium conceditur socero dirempto etiam matrimonio, & quod solum non redditur, quando socer insidiatus est genero per promissionem dotis, quam sciebat ex impotentia se non esse praestiturum; Neque huic textui aduersari potest textus *in l. sicut, ff. de rei indicata*, vbi legitur. *An si, cum socero ex promissione dotis agatur, in id, quod facere potest, damnandus sit? Quod & id aequum esse videtur, sed alio iure vtimur, vt, & Neguſantius scribit*, vbi licet asseratur aequitas, vsus tamen contrarius apponitur, & magis dirempto matrimonio hoc priuilegium denegatur socero *in l. seq.* dum dicitur, quod alio iure vtamur *si à socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio, verum si manente matrimonio, dos ab eodem petatur, succurrendum est, ne maioris summae condemnetur, quam quantum facere potest*; non, inquam, aduersari potest, quia haec duo postrema iura non sunt simpliciter intelligenda, sed solummodò interueniente causa ex parte eiusdem soceri, quatenus, si scilicet sub spe futurae dotis induxerit maritum ad contrahendum cum propria filia, cum sciret se dotem promissam non posse erogare, quo in casu ratione doli priuatur iure illius fauorabilis exceptionis *l. in fraudem, ff. qui, & à quibus, & l. cum quis, & ibi Bartolus, ff. quae in fraudem creditorum*, vndè meritò *Antonius Piccardus in manuduct. iuris ciuilis ad praxim part. 2. praecept. 9. num. 59.* explicat illa verba vltimo loc. posita *in dict. l. sicuti, ff. de re iudicata* scilicet, *sed alio iure vtimur*, per hoc, quod talem reddant sensum, vt scilicet alio, & alio iure vtamur secundum diuersas circumstantias interuenientes, ratione quarum quandoque sit condemnandus insolidum, quandoque solummodò in tantum, in quantum commodè potest, regulariter tamen hoc solummodò secundo modo, nisi ex causa, & persona sit condemnandus in solidum ex causa scilicet, si per dolum induxerit maritum ad nubendum cum filia sub spe illius factae promissionis. Ad magis confirmandum nostrum assertum multum conferunt ea, quae habet *Cacher. decis. 31. n. 14*, quod scilicet priuilegia attributa vxori ratione reuerentiae, & dignitatis ex persona mariti durent etiam soluto matrimonio, & soluta affinitate *l. alias, §. elegantèr, & l. seq. §. fin. cum sequ. solut. matrim. l. mulieres, C. de incolis lib. 10 l. quoties, C. de priuil. schol. lib. 12, Tiraquel. de nobilitate c. 18. num. 5., & seqq.*, ergo etiam &c.

Instantia ex alio iure, eiusque solutio.

Priuilegia concessa vxori ob reuerentiā mariti durant dissoluto matrimonio.

Haec, quae dicta sunt in ordine ad socerum Patrem vxoris ratione dotis promissae pro eadem vxore, extendenda sunt ad quemcunque ascendentem soceri per lineam masculinam, qui teneatur ex eadem causa, quandoquidem eadem militat ratio, cum hic stet loco parentis respectu generi *Molina disp. 425. num. 4., Rebellus de obligationibus iustit. part. 2. lib. 5. quaest. 9. num. 24., Ioannes Angelus Bossius de dote d. cap. 11. 24.*

98 Hic solum remanet dubitandum, an socer pater vxoris gaudere possit solummodò hoc priuilegio, quando conuenitur, vel a genero, vel ab vxore eiusdem ex causa dotis promissae, an verò etiam ex alia causa à dote, seu ex alijs contractibus. Ex dictis in praecedentibus videtur concludendum, quod eidem competat tale priuilegiū, etiam si conueniatur ex alia causa, seu ex alijs contractibus; sicuti enim patri mariti illud priuilegium competit respectu nurus agentis non solum ad dotis restitutionem, sed etiam ad alia sibi debita ex alia causa, iuxtà textum *in l sicut autem in princip., & l. non tantum praecedenti ff. de re iud.*, ita non est, cur patri vxoris illud priuilegium sit denegandum agente marito non solum ad dotem promissam, sed etiam ad sibi debita ex alijs causis, & contractibus: nec obesse potest, si dicatur, maximum esse discrimen inter socerum patrem vxoris respectu generi, & socerum patrem mariti respectu nurus fundatum, tum in eo, quod pater mariti respectu nurus habetur, vt pater, superior, & caput familiae, in qua est vxor, pater verò vxoris non habetur, vt caput superior familiae, in qua est maritus, tum in eo, quod dispositio iuris in ordine ad socerum patrem mariti respectu nurus agentis est ampliatiua, & extenditur etiam ad actiones ex alia causa, prout habetur *in d. l sicut autem iuxtà l. non tantum, ff. de re iudic.* dispositio verò iuris in ordine ad socerum patrem vxoris agente marito, seu conueniente est restrictiua *cum in d. l. sicut*, dicatur. *Si cum illo agatur in promissione dotis*, quibus verbis restringitur priuilegium ad casum dotis; Non, inquam, obesse potest, quia prima differentia fundata in superioritate familiae respectu vnius, & non respectu alterius quantum ad praesentem effectum per superiùs dicta non officit, cum adhuc maritus ob identitatem carnis cum propria vxore teneatur exhibere reuerentiam patri eiusdem vxoris, & vterque socer *in l. ex diuerso, ff. solut. matrim.* aequiparatur, & licet loquatur ille textus de dote, ex paritate tamen rationis non est, cur extendi non debeat ad alias causas; eadem enim reuerentia vtrique debita, sicuti vtrumque eximit ab obligatione solutionis in integrum, seu in solidum quoad dotem, & socerum patrem mariti ab onere soluendi in integrum etiam quoad alias causas, ità non est, cur vtrumque non eximat ab obligatione soluendi in integrum quoad debita ex alijs contractibus, & si quoad istos eximit socerum patrem mariti, cur non eximit

Ratio, cui innititur assumptum.

Assignatur discrimen inter socerū Patrem respectu generi, & socerum Patrem mariti respectu nurus.

Praefatū discrimē nō officit & quare.

Particulæ non stante restrictiuè, sed explicatiuè. socerum patrem vxoris? Quamobrem ad illud, quod subditur pro secunda differentia fundatum in iure ampliante in vno casu, & restringente in alio, dicendum est in casu, in quo dicitur restringi, particulas in illo appositas non stare restrictiuè, sed explicatiuè, seu exemplificatiuè, & proindè regulam antecedentèr positam non restringere, atque ità sentiunt *Alexander in d. l. rei iudicatæ num. 9. vers. in duobus ff. solut. matrim., Vincentius in d. l. sicut, ff. de re iudic. n. 9., Campegius de dot. part. 3. q. 251.*

99 Gaudet secundò mulier, seu vxor, quæ dotem marito promisit, si ab eodem marito pro dotis promissæ solutione conueniatur. Clarè euincitur *ex l. ex diuerso, §. 1. ff. sol. matrim.*, vbi sic legitur. *Item, si mulier ex promissione conueniatur magis placuit defendendam eam esse per exceptionem*. Hoc idem habetur *in l. non tantum, ff. de re iudicata*, vbi non solum talis exceptio in fauorem vxoris ratione dotis promissæ conceditur, sed etiam ratione aliorum contractuum à dote. Ibi. *Non tantum dotis nomine maritus quantum facere potest, condemnatur, sed ex alijs quoque contractibus ab vxore iudicio conuentus, in quantum facere potest, condemnandus est D. Pij Constit., quod, & in persona mulieris aqua lance seruari æquitatis suggerit ratio.* Non solū ratione dotis, sed etiā aliorum contractuum

100 Gaudet tertiò Fratèr, qui iure sanguinis, & naturæ tenetur dotare sororem, & promisit marito eiusdem dotem, si conueniatur ab eadem sorore, vel à marito eiusdem *Surdus de aliment. tit. 1. qu. 78. num. 6., Giurba decis. 44. num. 14., Paschalis de viribus patriæ potest. part. 2. cap. 7. num. 18., Stephanus Gratianus discept. for. tom. 4. c. 791. n. 48.* rationemque adducunt, quia soror diues tenetur de iure naturæ præstare alimenta fratri pauperi per ea, quæ latè probat *Ioannes Angelus Bossius in tract. de aliment. cap. 8. num. 491., & 502.*, ergo non potest ab eodem exigere id, quod postea teneretur eidem contribuere. In hoc tamen casu non de facili concederem hoc priuilegium Fratri, qui dotauit sororem, pro eaque dotem marito promisit, si ipsa sorore defuncta, vel maritus, vel filij eius exigetur à prædicto fratre dotem, quia ex vna parte marito sors debetur titulo oneroso; ex alia maritus sororis non tenetur alere fratres eiusdem pauperes, *Molina dict. disp. 425. num. 10., Fragosus de regim. Christianæ Reipublicæ part. 3. disp. 5. §. 5., Rebellus de obligat. iust. p. 2. lib. 5. q. 9* Sed de hoc alibi.

Dixi in assertione, *si ex necessitate teneatur dotare mulierem*, quod intelligendum est de dotante iure sanguinis, & ex naturali pietate, cuiusmodi sunt pater, & ascendentes per lineam masculinam, & etiam frater iuxtà mox exposita; nam in ordine ad extraneum dotantem, qui non obligatur iure sanguinis, vel ex naturali pietate, longè diuersa est ratio. Quamobrem considerandum est, an extraneus dotarit, seu promiserit dotem ex sola liberalitate, an verò ex aliqua necessitate. Rursus, an post factam promissionem talis extraneus conueniatur ab vxore mortuo marito, vel à marito post dissolutum matrimonium per mortem mulieris. Quibus pro notitia suppositis sentio in primis, quod, si extraneus dotem promiserit ex aliqua necessitate non prouenienté iure sanguinis, vel naturali pietate, sed ex aliquo debito præcedente, non possit, siue ab vxore, siue a marito conueniatur, gaudere priuilegio, ne in plus conueniatur, quam in id, quod commodè potest. Ratio est, quia in ea hypothesi ipse non consideratur, vt dotator, sed vt debitor; debitor autem præcisè qua talis est, nisi ex aliqua qualitate consurgat tale priuilegium, eodem non gaudet. Sentio deindè, quod si ex mera liberalitate dotem promiserit, si cōueniatur ab vxore, pro qua dotem promisit, possit gaudere tali priuilegio, secus verò si eadem iam mortua conueniatur à marito *Molina dict. disp. 425. num. 10., Fragosus de regim. Christianæ Reipub. part. 3. disp. 5. §. 5. num. 80. vers. puto quando, Ioannes Angelus Bossius de dote d. cap. 11. num. 34., & 35., Rebellus de obligat. iust. part. 2. lib. 5. qu. 9.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod, cum liberalitèr promiserit, respectu eiusdem vxoris promissariæ computatur, vt donator, & eadem vxor recipit præcisè titulo lucratiuo, prout colligitur *ex l. si extraneus, ff. de iure dot.*, sed generalitèr quilibet donator gaudet priuilegio, vt non exigatur, nisi quantum facere potest, & deducto, ne egeat *l. inter eos, §. is quoque, ff. de re iudic., & §. sunt præterea, §. sed si quis instit. de act.* Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod respectu eiusdem mariti dos est debita titulo oneroso; quando autem quid est debitum titulo oneroso debetur in solidum, nec debitor potest se tueri titulo; atque per hoc concilliantur duo iura, quæ videntur inter se diuersa, alterum *in d. l. si extraneus, ff. de iur. dot.*, quo dicitur, quod extraneus promissor dotis gaudeat tali priuilegio, si liberalitèr promisit, alterum *in l. Nessenius, ff. de re iudicata*, quo dicitur, quod non gaudeat; conciliantur, inquam, quia primum procedit, quando mulier in propria persona conuenit, quæ non habet ius, nisi ex titulo lucratiuo; Sedundum verò, quando maritus conuenit defuncta vxore, qui habet ius ex titulo oneroso.

Variæ cōsiderationes in ordine ad extraneū doté promittenté.

Quilibet donator gaudet priuilegio.

Debitum titulo oneroso est debitū insolidū.



PRÆ.

PRÆNOTIO VI.

De hypotheca tacita Fisco competente.

SVMMARIVM.

Respectus, in ordine ad quos examinatur titulus. 1.
Hypotheca tacita in fauorem fisci intelligitur inducta in omnibus contractibus per ipsum celebratis. 2.
Fiscus habet hypothecam in bonis emptoris ab eodem fisco habita fide de pretio. 3.
Nec solum in contractu venditionis habet hanc hypothecam, sed etiam in alijs, ex quibus est creditor. 4.
Fiscus habet hypothecā in bonis thesaurarij. 5.
Item in bonis primipili. 6.
Fiscus habens hypothecam præferendus est alijs creditoribus habentibus generalem, vel specialem hypothecam anteriorem in bonis debitoris quoad illa bona, quæ fuerunt acquisita post obligationem cum eodem. 7.
In delictis, pro quibus sequitur confiscatio, fiscus nullam propriè habet hypothecam in bonis delinquentis. 8.
Quando ex delicto non sequitur confiscatio, sed pœna tantum pecuniaria ante condemnationem fiscus nullam habet hypothecam in bonis delinquentis, nec item post condemnationem in præiudicium aliorum creditorum. 9.
Hypotheca fisci in bonis delinquentis comparatiuè ad eandem, & tertios possessores incipit à die sententiæ. 10.
In concursu priuatorum, & Fisci, quando actio priuati non est specialitèr priuilegiata in dubio, quo non constet de prioritate iurium, fiscus in causa onerosa præferendus est priuato, è contra in causa lucratiua priuatus fisco. 11.
Fiscus in iuribus, quæ habet pro decimis gaudet vera, & tacita hypotheca in bonis eorum, qui debent tales decimas. 12.

1 Considerationes circà titulum.

IN ordine ad diuersa diuersimodè potest controuerti, an hypotheca tacitè competat fisco, & quomodo; primò in ordine ad contractus, qui per eundem fiscum ineuntur; secundò in ordine ad bona, quæ ratione delicti dicuntur fisco addici per confiscationem siue ante, siue post sententiam. Tertiò in ordine ad bona pro decimis. Quartò, an in ordine ad bona thesaurarij, & primipili; & quidem fiscum in multis habere priuilegium tacitæ hypothecæ latè colligitur *ex l. 2., & 3. ff. de priuil. fisc., & l. 2. C. in quibus caus. pign., vel hypoth. tacit. contrah., & l. aufertur, §. fiscus, ff. de iure fisci*, & in hoc communitèr conueniunt Doctores. Examinemus iam titulum in ordine ad speciales contractus, & pœnas.

Assertio I. Hypotheca tacitè in fauorem fisci intelligitur inducta in omnibus contractibus per eundem celebratis. *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 113., Romanus in l. si tum dotem, §. transgrediamur, ff. sol. matrim., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 18. n. 6.* 2

3 Non tamen haberet hypothecā in omnibus bonis minoris, si illi rem aliquam venderet, sed tantū in re illa.

Hinc in particulari, si quis emerit rem aliquam a fisco, & fiscus habuerit fidem de pretio, certè ex dispositione iuris hic acquirit hypothecam tacitam in bonis omnibus illius *l. 2. C. ex quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Limitanda tamen est hæc assertio in casu, quo fiscus contraheret cum minori vendendo ei aliquid habita fide de pretio; quandoquidem in eo casu fiscus non haberet hypothecam in omnibus eius bonis, sed dumtaxat in re, quam vendidit, *l. 2. vers. quod si à fisco iuncta, Glos. ibi in vers. emerit, ff. de reb. eor.*, & ità intelligit, & declarat *Iason. in repet. in l. si constante in 2. q. 3. partis princip. num. 67. vers. 2. diligentèr considera, ff. sol. matrim.*, hocque ob priuilegium minoritatis, statusque pupillaris, cui prouidere voluerunt iura, ne ex inconsideratione sibi præiudicium aliquod inferrent.

Rursus non solum quoad contractus venditionis à fisco initos hic acquirit hypothecam in bonis emptoris, sed etiam quoad alios omnes contractus, ex quibus resultat creditor per ea, quæ specialitèr habent *Romanus in dict. l. si cum dotem, §. transgrediamur, ff. solut. matrim., Negusantius d. nu. 113., & seq., & Mantica loc. cit.*, & hoc ex paritate rationis cum dicto contractu venditionis; non enim est assignabilis dispar ratio. 4

5 Bona thesaurarij sunt obligata fisco.

Rursus habet fiscus tacitam hypothecam in bonis thesaurarij, quæ pro huius officij administratione tacitè eidem obligantur, *l. certum, C. in quib. caus. pign., vel hypoth. tac. contrah.*, atque in hoc communiter consentiunt Doctores.

6 Item bona primipili, & bona dotalia vxoris eius.

Rursus habet eandem hypothecam fiscus in bonis primipili, qui est ille, qui in præsenti exercet munus eiusdem thesaurarij, licet antiquitùs pro alio sumeretur, atque priuilegium fisci aduersus exercentem hoc munus est adeò priuilegiatum, vt bona etiam dotalia mulieris eiusdem intelligantur in fauorem eiusdem fisci hypothecæ subiecta, *l. satis, C. in quib. caus. pign. tac. contrah. l. penult., C. de primipilo lib. 12.*, & bona etiam filiorum, quantumuis non sunt hæredes patris, qui tale munus exercuit, *l. vltim. C. de primipilo lib. 12.*

Fiscus propriè non erat, nisi solius Roman. Reip.

Hic latè disputant Doctores, quinam propriè dicantur habere fiscum, qui gaudeat huiusmodi priuilegio hypothecæ, quandoquidem antiquitùs fiscus propriè nō erat, nisi solius Romanæ Reipublicæ, *l. cum qui*

qui vectigal. ff. de re signific. l. 1. C. de bon. vac. l. properandum in princip. nu. 3. C. de iud.

Fiscum habent omnes ciuitates, & populi nõ recognoscentes superiorem

Nihilominus nunc dicendum est, fiscum habere omnes ciuitates, & populos non recognoscentes superiorem, & item Ciuitates, & populos recognoscentes superiorem, ex priuilegio tamen, & concessione superioris habentes merum, & mixtum imperium, & iura regalia, & fiscalia, *Bartolus in l. 1. in princip. ff. de iure fisci, & in l. non tantum, §. ait Senatus, ff. de pet. hæred., & item Bartolus in l. 1. ad fin. C. de hæred. vel act. vend.*

Fiscus præfertur cæteris creditoribus, & quãdo, & in ordine ad quas res.

7 Sed, an in his, & similibus casibus fiscus habens hypothecam sit præferendus alijs creditoribus habentibus generalem, vel specialem hypothecam in bonis debitoris eiusdem fisci anteriorem; sentiendum est, ex speciali priuilegio fiscum habere priuilegium prælationis quoad alios priuatos creditores in bonis debitoris acquisitis post obligationem contractam cum fisco *l. si is qui & ibi Bartolus ff. de iure fisci*. Sed, an habeat tale priuilegium prælationis etiam ad bona antecedentèr acquisita ad obligationem fisci, quando hypotheca priuatorum creditorum anteriorum non est expressa, sed tantum tacita? Probabilius crederem, affirmatiuè esse sentiendum, quandoquidem iuxtà superiùs dicta fiscus quoad sua iura, & priuilegia æquiparatur priuilegijs dotis; sicuti autem hypotheca pro dote præfertur quibuscunque alijs hypothecis anterioribus tacitis iuxtà superiùs dicta, ità non est, cur non sit illis omnibus præferenda hypotheca tacita competens fisco quoad sua iura.

Præfertur etiam hypothecæ tacitæ anteriori, & quomodo.

8 Assertio II. In delictis, pro quibus sequitur confiscatio bonorum delinquentis, fiscus nullam habet propriè hypothecam in bonis eiusdem delinquentis, *Gulielmus de Cun. in l. rescriptum in princip. ff. de pact., Glos. in l. aufertur, § fiscus, ff. de iur. fisci, Paulus de Castro in l. adeo in fin. de compens., Paulus de Monte Pico in l. post contractum n. 11., & 40. ff. de donat., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 15.*, & alij plures.

Nemo habet hypothecã, in bonis quorum est dominus.

Ratio huius assertionis ea esse potest, quam adducit *idem Gulielm. de Cuneo loco cit.*, quia nec fiscus acquirit talem hypothecam ante confiscationem, nec post eandem & condemnationem; non antè, quia fiscus antecedentèr ad condemnationem, & confiscationem nullum habet ius in bonis delinquentis *l. eius, qui delatorem ff. de iure fisci*; non post, quia iam fiscus est effectus dominus bonorum confiscatorum, *l. commissa ff. de public.*, nemo autem dicitur habere hypothecam in bonis, quorum est dominus, *l. neque pignus, ff. de reg. iur.*

9 Assertio III. Quando ex delicto non sequitur confiscatio bonorum delinquentis, sed dumtaxat aliqua pœna pecuniaria, tunc ante condemnationem fiscus nullam acquirit in bonis eiusdem hypothecam; post condemnationem verò comparatiuè ad alios creditores, & in eorum præiudicium, nullam etiam habet hypothecam, nisi essent creditores ex eodem titulo, scilicet ex eodem delicto, comparatiuè verò ad ipsum delinquentem, & ad alios possidentes sine titulo verè habet hypothecam. Ità in vniuersum *Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 115., Guido, & Baldus in l. rescriptum in princip. ff. de pactis*.

Fiscus nõ acquirit ius, nisi dependentèr à sententia.

Prima pars deducitur ex suprà dictis, quandoquidem fiscus antecedentèr ad condemnationem, seu sententiam non est propriè creditor, sed solum ius acquirit dependentèr ab eadem sententia, & condemnatione *l. qua pæna, & l. aliud, §. inter multa ff. de verb. signific.*, ergo antecedentèr ad illam non potest habere tacitam hypothecam in bonis delinquentis. Consequentia probatur, quia hypotheca fundatur in obligatione, & debito, sine quibus esse non potest, ergo, si antecedentèr ad illam non est creditor, nec delinquens antecedentèr ad illam erit debitor, cum debitum, & creditum sibi sunt ad inuicem correlatiua, nec vnum sine altero esse potest, ergo, si non est debitum ex parte delinquentis, nec potest esse hypotheca ex parte fisci, cum hæc ex præ actis fundetur in obligatione, & ratione debiti.

In pari causa fiscus est præferendus cuicumque priuato.

Secunda pars colligitur *ex l. quod placuit ff. de iure fisci*, vbi expressè sic legitur. *Quod placuit fisco pænam non esse putandam, nisi creditores suum recuperauerint, eo pertinet, vt priuilegium in pæna contra creditores non exerceatur, non vt ius commune priuatorum fiscus amittat*; nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem de facili creditores eluderentur, si per quodcunque delictum punibile à fisco pæna pecuniaria, possent per fiscum eundem in hypotheca præueniri. Dixi, nisi essent creditores ex eadem causa, quia in pari causa fiscus in ordine ad priuatos semper est præferendus. Hoc idem habetur *in l. in summa, ff. de iure fisci*, vbi sic legitur. *In summa sciendum est omnium fiscalium pænarum petitionem creditoribus postponi, & in l. 1. C. de pen. fisc., & l. Arrianus, C. eod.*

Delinquens cõdemnatus donare non potest.

Tertia pars euincitur *ex l. post contractum, ff. de donat.*, vbi glosa sic habet, *sed postquam esses condemnatus, donare non potes*, ergo in ordine ad ipsum delinquentem fiscus habet hypothecam, ratione cuius delinquens dicitur non posse donare.

Assertio IV. Hypotheca fisci in bonis delinquentis comparatiuè ad eandem, & 10
tertios possessores incipit à die sententiæ. *Guid. & Baldus in d. l. rescriptum in princip., ff. de pact., Alexander in d. l. rescriptum in princ. in glosa in verb. hypothecas, Negusantius*

tius

tius de pign. d. membr. 4. part. 2. n. 115. in fin. quidquid in contrarium dixerit *Angel. Fulgos.*, & *Paulus de Castro* volentes incipere à litis contestatione, cum per glosam *in l. 2. fin. ff. de prætor. stipul.* dicatur, per litis contestationem quasi contrahi.

Probatur iam assertio primo, quià iuxtà prædicta fiscus ante condemnationem, seu sententiam nullum ius habet in bonis delinquentis, iuxtà textum *l. ex iudiciorum ff. de accusationibus*; vndè benè dicitur *in d. l. post contractum*, quod *post delictum capitale commissum donationes factæ valeant ex constitutione Diuorum Veri, & Antonini, nisi condemnatio secuta sit*, ergo ius fisci, seu hypotheca non incipit, nisi post sententiam, per quam delinquens fuerit condemnatus, quia, vt supra dicebam, hypotheca fundatur in iure acquisito.

Per sententiam quasi cō-trahitur. Probatur secundò, quia ante sententiam nec est contractus, nec quasi contractus, benè tamen post illam, quia per illam quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecun.*, sed regularitèr fiscus non habet hypothecam, nisi pro contractu, seu quasi contractu, *l. aufertur, §. fiscus, ff. de iure fisci*, ergo non habet eandem hypothecam ante sententiam, sed post illam solum modò, quia solummodò post illam incipit habere ius. Neque obesse potest id, quod ex aduerso asserebant, vt supra in assertione, *Angelus Fulgos.*, & *Paulus de Castro*, nempè per litis contestationem induci quasi contractum per ea, quæ habet *Glosa in d. l. 2. §. fin. ff. de prætor. stipul.* Non, inquam, obesse potest, quia, vt benè notat *Negusantius d. memb. 4. part. 2. n. 116. ex mente Alexandri*, litis contestatio non inducit quasi contractum, nisi in eo sensu, quo ille, contra quem contestatur, adstringitur instantiæ, non pænæ, in qua delinquens est condemnandus, *Bartolus in d. l. 3. §. idem scribit, ff. de pecun.*

Litis cō-testatio non inducit quasi cō-tractum.

11 Assertio V. In concursu priuatorum, & fisci, quando actio priuati non est specialitèr, seu speciali, & eximio quodam modo priuilegiata, in dubio, quo non constet de prioritate iurium, fiscus in causa onerosa præferendus est priuato, in causa verò lucratiua priuatus fisco est præferendus, *Iason in l. 1. ff. solut. matrim. col. 11.*, *Negusant. memb. 4. part. 2. nu. 118.*, *Iacobus de Beluis in l. 1. in fin. C. de caduc. tol.*, *Angel. de Aret. in l. sciendum in princip. ff. de appell.*, & *in §. fin. instit. quib. mod. testam. infirm.*

Dixi, *quando actio priuati non est speciali, & eximio quodam modo priuilegiata*, propter actionem dotis, in qua in dubio anterioritatis iurium inter vxorem, & fiscum præfertur vxor, seu causam habens, de qua latè diximus suprà, *Baldus in l. dotis, C. de iur. dot. per textum in l. non puto, ff. de iure fisci*, *Nicola de Neap. in l. 1.*, & *ibi Alexander in 2. col. ff. sol. matrim.*

Probatur iam assertio, quoad primam partem, quia fiscus in causis sibi onerosis comparatur iuri, quod habetur ratione dotis, *Baldus in l. 1. C. de hered., vel act. vend.*, & fiscus, & dos ambulant pari passu, *Glosa in l. 2. C. de priuil. fisci*, sed in causa dotis mulier præfertur cuicunque priuato, habenti etiam tacitam hypothecam anteriorem, & hoc etiam in dubio per ea, quæ superiùs dicta sunt, ergo etiam fiscus in causis sibi onerosis, & in dubio anterioritatis iurium præferri debet cuicunque priuato. Maior probatur, quia fiscus ius, quod habet in causis onerosis, habere non potest, nisi ex contractu, ratione cuius subit onus, sed fiscus ex suis iuribus, quæ habet ex contractu, habet priuilegium prælationis, nam quoad ea solummodò pari passu ambulat cum dote. Minor etiam facilè euincitur, quia ex superius dictis in dubio anterioritatis inter dotem, & fiscum præfertur dos, ergo à fortiori debet præferri dos in dubio iuribus priuatorum; ex quo sequitur, quod, si fiscus in ijs causis æquiparatur doti, debeat etiam in concursu priuatorum, & in dubio anterioritatis eiusdem præferri.

Fiscus, & dos ambulant pari passu

Fiscus in iuribus, quę habet ex cōtractu, habet priuilegiū prælationis.

Probatur quoad secundam partem, quia potius ex prædictis facilè deducitur, quia fiscus ex causa lucratiua, tunc potissimum dicitur agere, quando venit contra indignum, & petit pænam ex causa delicti, sed dum fiscus agit ad pænam ratione delicti, non est præferendus cæteris creditoribus, per textum *in l. quod placuit, ff. de iure fisci*, & *in l. in summa ff. de iur. fisci*, nec obesse potest, si asseratur, quod mox posita iura procedunt dumtaxat, quando cæteri creditores priuati habent ius certum anterius, non autem quando ius ipsorum quoad anterioritatem est dubium, quia in dubio potius videtur fauendum fisco propter potiora iura, quæ eidem regularitèr assistunt. Non, inquam, obesse potest, quia in pænalibus in dubijs contra fiscum fieri debet interpretatio, vndè meritò habetur *in l. non puto, ff. de iure fisci*, quod *non delinquat ille, qui in dubijs quæstionibus contra fiscum facilè responderit*; nec in hoc audiendi sunt aliqui, qui interpretantur hunc textum dumtaxat in eo sensu procedere, quo dubietas esset in aliquo articulo iuris, secus autem in casu, quo dubietas consurgeret super aliquem articulum facti, inter quos est *Baldus Nouellus in tractatu dotis in 9. part. in primo priuilegio*; Non, inquam, audiendi sunt, quia cum leges loquantur indistinctè, etiam indistinctè sunt intelligendæ *l. de pretio, ff. de public.*, nec potest adduci ratio, propter quam dictus textus concludat in articulo circa dubietatem iuris, non circa dubietatem facti.

Fiscus, dū agit ad pænā non est præferendus.

In pænalibus in dubio interpretandum contra fiscum.

Hinc facilè erit conciliare iura, quæ secundum se videntur opposita, propter quæ ortæ

ortæ fuerunt diuersæ, oppositæque sententiæ, si scilicet asseratur, quod iura, quæ statuunt, in dubijs præferendum esse Fiscum, procedant in causis onerosis, iura verò, quæ statuunt in dubijs præferendos esse priuatos fisco, cuiusmodi est illud *in l. non puto ff. de iure Fisci*, procedere in causis merè lucratiuis.

Conciliatio iuriũ primafrõte sibi aduersãtium.

12 Assertio VI. Fiscus in iuribus, quæ habet pro decimis, gaudet vera, & tacita hypotheca in bonis eorum, qui debent tales decimas. Procedit potissimum difficultas, seu assertio de Fisco Ecclesiastico, si tamen propriè datur, vel de Ecclesia, & quidem in ordine ad prædia, vel bona, pro quibus decimæ sunt soluendæ, nam, quę dicuntur de Fisco, extenduntur ad Ecclesiam *c. Ecclesia S. Mariæ in fin. de constit.* quinimmò nulli dubium, quin Cameræ Apostolica in certis Ecclesijs obtineat locum Fisci *Abbas in c. irrefragabilis n. 3. in fin. de hæret.* Assertionem absolutè sustinent *Fed. de Sen. cons. 81. Incip. laicus, Hostiensis, & Ioannes Andreas in c. pastoralis, & ibi Baldus n. 5. de Decim. Negusantius de pign. par. 2. memb. 4. n. 126. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 11. tit. 18. n. 26. & alij magis communiter.*

Camera Apostolica in certis Ecclesijs habet fiscum.

Probatur assertio paritate, quia non videtur maior ratio, cur competat priuilegiũ Fisco, seu Ciuitati hypothecæ tacitæ in bonis allibratis, & catastratis pro collectis debitis, & non competat Ecclesiæ in bonis, ex quibus soluendę sunt decimę pro eisdem decimis, *Abbas in c. cum homines de decimis*, sed pro collectis bona allibrata, & accatastrata pro collectis sunt tacitè obligata, & hypothecata, *l. 1. cum glosa, & ibi Bartolus, & Baldus C. in quibus caus. pig. tac. contrah.* Assertionem firmat in proprijs terminis *Federicus de Senis loc. cit. per textum in l. Imperator. ff. de public.*

PRÆNOTIO VII.

De tacita hypotheca inducta in administratores bonorum alienorum.

SVMMARIVM.

In ordine ad quos administratores procedat titulus. 1.

In bonis administratorum ciuitatum inducta est tacita hypotheca pro mala administratione bonorum eiusdem. 2.

Tacita hypotheca afficit etiam bona Prælatorũ Ecclesiæ pro administratione bonorum eiusdem. 3.

Tacita hypotheca inducta est etiam in bonis Orphanotropi, seu Hospitalarij pro administratione. 4.

1 NOn est hic sermo de hypotheca inducta in bonis tutorum, vel curatorum pro administratione bonorum pupillorum, & minorum, quandòquidem de hac actum fuit latè superius, sed de hypotheca alia, an sit inducta in bonis administratorum, & primò, an in bonis administratorũ ciuitatis pro administratione bonorum eiusdem, secundò, an in bonis Prælati Ecclesiæ pro administratione bonorũ talis Ecclesiæ; tertiò, an in bonis Orphanotropi, seu hospitalarij. Pro quibus sit

Personę in ordine ad quas possit esse hypotheca.

Assertio I. In bonis administratorum Ciuitatum inducta est tacita hypotheca legalis pro mala administratione bonorum, eiusdem, *Alexander. in l. 1. §. si hæres in vers. sequitur ff. ad Trebel. Negusantius de pignor. memb. 4. part. 2. n. 119.* 2

Probat *Alexander loco quo suprà* per textum *in l. fin. C. quo quis ord. conuen.* quem in *d. §. si hæres* asserit sub his terminis formaliter esse intelligendum, & quidem iure merito hæc hypotheca tacita in bonis administratorum est inducta, quandòquidem ciuitates pro pupillis computantur, vt est in confesso apud omnes, vnde, sicuti pupillis hoc priuilegium conceditur per superius latè probata aduersus tutores, seu curatores malè administrantes; ita non est, cur non debuerit concedi ciuitatibus aduersus administratores bonorum earundẽ; Nec obesse potest, si dicatur, quod ciuitatibus recognoscentibus superiorem, non possit competere habere Fiscum, adeoque nec hypothecam ratione suorum bonorum ab alijs administratorum; Non, inquam, obesse potest, quia hoc ius hypothecæ non solum conceditur ciuitatibus pro oneribus, & iuribus Fiscalibus, sed pro quibuscumq; bonis earumdem aduersus administrantes; quod vtique iustum est, ne bona eiusdem, seu earundem facilè dilapidarentur.

Ciuitates pro pupillis reputantur

Hypotheca non solum conceditur pro iuribus fiscalibus, sed etiam pro alijs.

Assertio II. Tacita hypotheca afficit etiam bona Prælatorum Ecclesiæ pro administratione bonorum eiusdem Ecclesiæ. *Glosa in c. ex literis, & ibi Abbas de pign. Abbas in c. Episcopus de præben. Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 120.* 3

Probatur primò. Bona tutoris sunt tacitè hypothecata pro mala administratione in bonis pupillorum per superius latè probata, & per textum *in l. pro officio C. de administratio. tut. Glosa in c. ex literis de pignoribus*, ergo etiam bona Prælatorum administratorum bonorum Ecclesiæ erunt tacitè hypothecata pro tali administratione. Consequentia probatur, quia Prælatus administrator Ecclesiæ in multis, & in hoc præcipuè æquiparatur tutori, *Abbas in c. cum deputati, & ibi latè Felinus in col. penult. vers. quando prælatus de iud.*, vnde meritò asserit Negusantius loc. cit. quod in hoc casu Ecclesia habet priuilegium tacitę hypothecæ, & non in alijs; non enim Ecclesia æquiparatur Fisco, sed ciuitati, adeoque

Prælatus administrator Ecclesię equiparatur tutori.

que

quę in hoc casu dūtaxat gaudet huiusmodi priuilegio, *Baldus in l. fin. in 4. col. vers. quaero hic, an ciuitas C. de Sacrosanct. Eccl. Glossa in l. 2. C. in quib. caus. pig. tac. contrah. Alexander in l. si filio §. fin. in 3. col. in verb. adde quod istud dictum ff. sol. matrim.*

Probatur secundò, quia ex mox allegatis iuribus, & Doctoribus Ecclesia æquiparatur Ciuitati, sed ciuitas habet tacitam hypothecam in bonis suorum administratorū pro administratione per superius probata; ergo etiā m, quinimmò à fortiori Ecclesia debet habere tacitam hypothecam in bonis Prælatorum administratorum bonorum eiusdem. Dixi, *à fortiori*, quia plura sunt priuilegia, quæ assistunt Ecclesiæ, quam ciuitatibus, tum propter maiorem eiusdem dignitatem, & excellentiam, propter quam in omnibus illi debet præferri, tum etiam propter dispositionem legislatorum, tam ex iure canonico, quam ex ciuili magis fauentium Ecclesiæ.

Ecclesia, & ciuitas æquiparantur.

4 Assertio III. Tacita hypotheca inducta est etiam in bonis Orphanotropi, seu hospitalarij pro mala administratione *Baldus in l. si quis præsbyter in princip. C. de Episc. & Clericis. Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 123.*

Probatur Orphanotropi in iure æquiparantur tutoribus, & administratoribus *l. orphanotrophus C. de Episcop. & Cleric.* sed in bonis tutorum, & administratorum per superius allegata iura inducta est tacita hypotheca pro mala administratione, ergo hæc eadem intelligenda est inducta in bonis orphanotrophi pro mala administratione.

Orphanotrophi æquiparantur tutoribus.

PRÆNOTIO VIII.

De reliquis omnibus, in quibus à iure inducta est tacita hypotheca.

S V M M A R I V M.

Proponuntur omnes articuli examinandi. 1.
Saltem de æquitate canonica bona furis sunt tacitè obligata pro restitutione furti, impropriè saltem. 2.
Hæres furis delinquentis non tenetur ultrà facultates hæreditatis. 3.
Bona allibrata, & accatastrata ratione collectarum sunt tacitè hypothecata per ipsis collectis. 4.
Bona emphytheutica in rigore non sunt tacitè hypothecata pro canone, benè tamen res inuenta in fundum emphytheuticum. 5.
Bona vsurariorum non sunt tacitè hypothecata pro vsuris, nec bona empta ex vsuris, nisi impropriè. 6.
Transeunte Matre ad secundas nuptias, antequam assignetur pupillis alius tutor, bona vitrici illi sunt hypothecata. 7.
Fundus assignatus pro præstatione alimentorum, vel alicuius alterius oneris remanet hypothecatus pro tali onere. 8.

Reliqua omnia, quæ ad hypothecam tacitam pertinent, seu in quibus illa à iure inducta est, sub hoc titulo currenti calamo expedio, & primò inquiram, an bona furis intelligantur tacitè hypothecata pro restitutione rerum ablatarum. Secundò, an fauore collectarū bona allibrata & accatastrata subijciantur tacitæ hypothecæ. Tertiò, an pro canone debito pro bonis Emphytheuticis sint ipsa bona emphytheutica tacitè hypothecata. Quartò, an bona vsurarij sint tacitè obligata pro restitutione vsurarum, & item, an bona empta ex vsuris sint pro illis hypothecata. Quintò, an bona vitrici transeunte matre ad secundas nuptias, antequam ipsa instate assignetur pupillis alius tutor, cui reddat rationem suę administrationis, seu tabulæ, remaneant in fauorem eorundem pupillorum tacitè obligata. Sextò, an res specialitèr designata pro præstatione alimentorum, vel alterius annuæ pensionis intelligatur pro eisdem alimentis, seu annua pręstatione tacitè obligata. Septimò, an bona ascendentium sint tacitè hypothecata pro legitima descendentium. 1

Assignantur ea, de quibus dubitatur, an habeant tacitam hypothecam.

2 Assertio I. Saltem de æquitate canonica bona furis sunt tacitè obligata pro restitutione rerum ablatarum, licèt impropriè tantum, *Baldus in l. furti C. de furtis, Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 124.*

Dixi, *saltem de æquitate canonica*, quia in iure ciuili non clarè apparet inducta pro huiusmodi rebus ablatis in bonis furis hypotheca, quinimmò ex eo, quod per idem ius ciuile detur actiò furtiua, quæ est rei persecutoria, per textum *in l. si pro fure §. 1. ff. de condit. furt.* vel ad rei æstimationem, si amplius res furtiua non extat, *l. in re furtiua in princip. ff. eod. tit.* videtur argui, quod non sit inducta tacitā hypotheca.

In iure ciuili datur actio furtiua, vel ad rei æstimationem.

Probatur assertio ex generali regula, quam tradit *Baldus in d. l. furti C. de furtis*, quod scilicet de iure canonico, siue versemur in foro iudiciali, siue in pœnitentiali, omnia bona delinquentis sunt tacitè obligata pro satisfactione, *arg. deduct. ex c. Parochianio de furt. & seru. corrupt.* præcipuè si delictum attingat statum animæ delinquentis propter eam rationem, qua dicitur *in l. sancimus C. de sacros. Ecclesijs*, quod anima sit cunctis rebus præferenda, propter quod ex æquitate canonica statuitur, quod cuncta sint pro illa hypothecata, ne eadem anima permaneat hypothecata, cum non tollatur peccatum, nisi restituatur ablatum.

In foro pœnitentiali bona delinquentis sunt tacitè obligata.

Hic oritur difficultas, an hæres delinquentis, cuius bona de iure canonico di-

cuntur

An hæres furis teneatur insolidũ. cuntur tacitè obligata pro restitutione rei per ipsum furto sublatæ teneatur Domino rei ablatæ restituere in solidum, an verò solummodò tantum, quantum ex hæreditate ipsius delinquentis ad se ipsum peruenerit. *Bartolus in l. 1. in 2. col. ff. de priuat.* sustinet, quod huiusmodi hæres teneatur

Prima sententia affirmãs, eiusque ratio. de iure canonico restituere, & satisfacere læso in solidum, quantumuis de iure ciuili teneatur solummodò in tantum, quantum ad ipsum ex hæreditate peruenerit, & rationem ex eo deducit, quod actiones pœnales descendunt in totum de iure canonico in hæredem. Probabilius tamen existimo, hæredem siue de iure canonico, siue de iure ciuili non teneri ad restitutionem vltra vires, & facultates hæreditarias *Abbas in c. in literis de rapt., Ioannes Andreas in cap. quanquam de vsuris in sexto, Federicus de Senis in cons. 11., Petrus de Anchar. cons. 411. incip., & prima facie, Baldus in d. l. furti, C. de furt., & in l. 1. in col. penult. C. ne ex delict. defunct., Flor. in l. inde Neratius, ff. ad leg. Aquil.* Ratio autem ea esse potest, quia hæres non tenetur, nisi quatenus hæres est, ergo nonnisi quatenus ex hæreditate ad ipsum deuenerit; neque existimandum est, teneri in solidum ex quasi contractu cum testatore delinquente, ratione cuius quasi contractus obligetur pro toto; non, inquam, existimandum est, quia, ex quo constituatur hæres, & hæreditatem adeat, non quasi contrahit, nisi quatenus spectat ad bona, quæ ipsi ex hæreditate obueniunt, nec intelligitur maiora onera ex illa hæreditate velle subire saltem quantum est de iure canonico, quod respicit nudam veritatem, non præsumptiones, quibus quandoque innititur ius ciuile; nec in hypothesi hac dominus rei ablatæ diceretur agere ex quasi contractu, sed ex delicto testatoris. Verum tamen est, in eo casu, quod, si res testatoris ad alias manus deuenerint ab hærede, dominus rei ablatæ posset aduersus possessores agere ratione tacitæ hypothecæ, quam diximus inesse rebus delinquentis per ea, quæ notat *Negusantius d. membr. 4. part. 2. d. n. 124. in fin.*

3 Secunda negans præfertur & probatur.

Hæres nõ tenetur nisi quatenus hęres est.

4 Assertio II. Bona allibrata, & accatastata ratione collectarum sunt tacitè hypothecata pro ipsis collectis *Cinus, Bartolus, Alexander, & Iason. in l. apud Iul. §. hæres, ff. de legat. 1., Socin. cons. 243. col. 2. verb. præterea videtur vol. 2., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. num. 125.*, hocque suprà attigimus, quod tamen nunc ex professo.

Probatur primò, *ex l. 1. C. in quib. caus. pign., vel hypoth. tacit. contrah.*, vbi sic legitur. *Vniuersa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt*, vbi expressiùs glosa hoc declarat, quod, si ibi dicitur vniuersa bona, à fortiori dispositio intelligenda est de bonis allibratis, & accatastratis, vt per se patet. Neque obstare potest, si afferatur, quod huiusmodi textus procedat solummodò de Tributis, non autem de collectis, cuius propterea dispositio non est ad ipsas extendenda; Non, inquam, obstare potest, quia, quamuis in fine fiat mentio de tributis, in principio tamen generatim est sermo de censitis, seu censibus debitis annuatim, quorum nomine veniunt etiam collectæ annuatim soluendæ, pro quibus fundi allibrantur *l. 2., & 3. C. si prop. publ. pens.* Nomine censitorũ veniunt etiã collectæ.

Probatur secundò argumento à posteriori, quia si non soluantur collectę, possunt bona allibrata absolutè vendi *Glosa in verb. distrahatur, & ibi Bartolus, C. de vend. bon. fisc. lib. 10.*, adeò vt, si bona huiusmodi fuerint ob dictam non solutionem collectarum diuendita, non possit amplius dominus offerre talem solutionem, & bona illa diuendita vendicare *Baldus in l. 1. vers. item possunt eius bona occupari, C. si propter publicas pens.*, ergo quia huiusmodi bona sic allibrata pro collectis intelliguntur pro eisdem tacitè obligata, cæteroqui non esset, cur non possent vendi, & vendita non possent à Domino per oblationem collectarum vendicari. Si non soluũtur collectæ possunt bona allibrata vendi.

5 Assertio III. Bona emphyteutica in rigore non sunt tacitè hypothecata pro canone, benè tamen res inuectæ in fundum emphyteuticum *Bartolus in l. fin. C. de iur. emphyth., Antonius de Butr., & Immola in c. potuit de locato, Angelus in l. vniuersas, C. ne rei domin., vel templ., Negusantius de pignor. membr. 4. part. 2. num. 127.*, & quoad secundam partem *Baldus in auth. si quas ruinas in 4. col. in verb. si vltrà omnes, C. de Sacrosanctis Eccles., & Negusantius loco quo supra.*

Ratio primæ partis ex eo deduci potest primò, quia canones pro re emphytheutica debentur proprietario, seu domino directo eiusdem rei, sed dominus, seu proprietarius eiusdem rei non potest eandem rem sibi habere hypothecatam, quia nemo dicitur habere hypothecam in re propria, qua ratione diximus in præcedentibus, quod fiscus post confiscationem in rebus delinquentis non possit habere hypothecam, ergo &c. Neque dicas, quod, quamuis proprietarius non possit habere hypothecam quoad ius directum, cum hoc sit proprium ipsius, possit tamen habere quoad dominium vtile, cum hoc sit emphytheutæ; contra enim impugnaberis, quia hypotheca potissimum respicit proprietatem, nec dominus dicitur posse habere hypothecam in re sua, quantumuis vsusfructus, vel dominium vtile sit penès alterum, cum vtatur actione rei vendicatiua, non hypothecaria. Nemo dicitur habere hypothecam in re propria. Hypotheca respicit proprietatem.

Secundò, quia, quamuis in iure sit dispositum,

situm, quod pro tributis soluendis sit obligatus fundus tributarius per textum *in l. Imperator, ff. de public., & in l. 1., 2., & 3. C. sine cens., & reli.*, nihilominus pro canone in ordine ad rem emphyteuticam, quantumuis fuerit Ecclesiastica, nullibi reperitur dispositum, quod sit constituta hypotheca, ergo non est, cur nos pro eodem canone in iure emphyteutico tribuamus eandem tacitam hypothecam; quod enim lex non disponit, nec nos disponere debemus.

Lex non disponit de hypotheca pro canone.

Tertiò, quia pro canone non soluto quoad rem emphyteuticam iura alitèr disponunt, quam per hypothecariam actionem, quandoquidem per talem non solutionem subijcitur emphyteuta in emphyteusi Ecclesiastica pœnæ commissi, si intra biennium non soluerit, in communi verò, si intrà triennium non soluerit, ergo non est supponendum, quod iura etiam disposuerint quoad actionem hypothecariam, nisi de tali actione dispositum reperiatur expresè, quod certè non reperitur. Neque in hoc audiendus est, *Baldus in auth. si quas ruinas in 4. col. in verb., sed vltrà omnes, C. de Sacrosanctis Ecclesijs*, qui ex textu *in auth. de alie. §. scire* docet rem emphytheuticam obligari tacitè pro canone non soluto, quod docet benè menti tenendum esse; non, inquam, audiendus est, quia in eo textu hoc, quod ipse deducit, non asseritur, vt benè obseruant *Alexander in l. quod dicimus col. 10. in verb. ex sic ex prædictis patet ff. de verb. oblig., Antonius de Butr., & Immola in c. potuit de locat., Angelus in l. vniuersas, C. ne rei domin. vel compl.*

Iura pro canone non soluto non disponũt de hypothecaria, sed de pœna commissi.

Ratio secundæ partis deducitur ex textu *in l. item quia ff. de pact., & l. certi iuris, C. locati*, & in hoc sensu existimo præcisè locutum *Baldum in d. auth. si quas ruinas, C. de Sacrosanctis Ecclesijs*.

Hic Doctores examinant communitèr hypothecam tacitam, quæ dicitur à iure inducta quoad res inuectas in fundum conductum secundum omnes suas ampliationes, extensiones, distinctiones, & restrictiones, causas, effectus &c., sed quia nos latè de ipsa egimus suprà *hoc eodem tom. sub tit. Contractus X. de locato, & conducto sub suis prænotionibus, & paragraphis*, ideò ea ibi probata hic non duximus repetenda, sed vos ad ibi dicta remittimus.

6 Assertio IV. Bona vsurariorum non sunt tacitè hypothecata pro restitutione vsurarum, nec item bona empta ex vsuris, nisi ad summum impropriè. *Feder. de Sen. cons. 214., & cons. 61., Antonius de Butr. in cap. tua nos de vsuris, Laurent. de Rodulph. in tract. de vsuris qu. 6., Ambrosius de Vignat. in c. 1. solubritèr de vsuris*, hancque opinionem communem asserit, *Negusant. de pig. memb. 4. partis 2. num. 155. aduersus Baldum in l. penult. C. de ser. pig. dat ma. per textum in cap. cum tu de vsuris*.

Ratio huius assertionis ex eo deducitur, quia nec ex dispositione iuris, nec ex natura sua, nec ex partium conuentione huiusmodi bona vsurariorum habent hypothecam, ergo non sunt hypothecata pro restitutione vsurarum. Antecedens quoad primam partem ex eo facilè euincitur, quod nullibi est assignabile ius de tali hypotheca disponens; non enim textus *in c. cum tu de vsuris*, in quo magnam vim facere videtur *Baldus in d. l. penult. C. de ser. pr. dat. ma.* probat, quod res emptæ ex pecunia vsurariè acquisita sint subiectæ hypothecæ pro eisdem vsuris, sed solummodò statuit, quod possessiones emptæ de pecunia fœnebri debeant vendi, & pretium solui illis, à quibus vsuræ fuerunt extortæ, quod certè non indicat hypothecam, quandoquidem, quando aliundè satisfieri non posset, etiam eædem possessiones essent vendendæ ad satisfaciendum pro quocunque debito etiam non habente hypothecam, siue tacitam, siue expressam, & etiam si illæ possessiones essent acquisitæ de pecunia licitè acquisita. Quoad secundam partem etiam sic euincitur, quia vel res per vsuram acquisita eadem est in indiuiduo, quæ permaneat, vel sunt aliæ res, quæ sunt vsurarij, vel dependentèr ab vsuris acquisitæ, vel alio modo sub dominio eiusdem vsurarij, sit sit eadem res in indiuiduo per vsuram acquisita; iam dominus habet actionem rei vendicatiuum, cum eadem res semper clamet pro ipso, nec vllus est, qui dicatur habere hypothecam in re propria; si aliæ res, vel dependentèr ab vsuris acquisitæ, vel alio modo sub dominio vsurarij permaneant, non potest etiam esse in ijs hypotheca pro vsuris, quandoquidem pleno iure sunt eiusdem vsurarij, nec hypotheca esse potest nisi, vel ex dispositione iuris, vel ex partium conuentione, nec iuris autem dispositio quoad hoc reperitur, nec partium cõuentio in hoc supponitur, per quod etiam euincitur idem antecedens quoad tertiam partem, nec ex eo hypotheca euinci potest, quod vsurarius teneatur vsuras receptas restituere; non, inquam, euinci potest; quandoquidem etiam quodcunque debitum restitui, seu solui debet per debitorem, & tamen non pro quocunque debito constituta est hypotheca; sicut igitur pro omnibus debitis solummodò conceditur actio personalis aduersus debitorem, ità non nisi actio personalis concedi debet aduersus vsurarium, cum de alia actione non supponatur dispositum.

In iure non dispositum de hac hypotheca.

In re indiuiduo propria extante est actio vendicatiua, non hypothecaria.

Dices, vsurarius, & fur æquiparantur, cum vterque acquirat, quæ sua non sunt, sed bona furis saltem de æquitare canonica sunt tacitè hypothecata pro restitutione rei ablatæ per ea, quæ *sub hac eadem prænotione assert. 1.* dicta sunt, ergo etiam saltem de æqui-

æquitate canonica erunt obligata bona vsurarij pro restitutione vsurarum. Accedit, quod vsurarius non potest alienare bona, nisi saluum sit ius hypothecæ pro restitutione vsurarum *Baldus in l. executorem col. 1. vers. ex illa ergo glos. C. de executione rei iud.*, ergo quia hypotheca præsumitur imposita in bonis vsurarij pro restitutione vsurarum, secus incongruè diceretur, quod saluum deberet remanere ius hypothecæ. Sed contra, quia in primis nostra assertio procedit dumtaxat in rigore iuris ciuilis, secundum quod per superiùs dicta nec bona furis supponuntur hypothecata pro restitutione rei ablatæ. Deindè ea, quæ dicta sunt, procedunt de fure quoad impropriam hypothecam in ordine ad salutem animæ eiusdem furis, cum non dimittatur peccatum, nisi restituatur ablatum, ex quo sequitur, quod, si apud ipsum remaneant bona, vel apud eius hæredes, quæ fuerint ipsius furis, debeat ex illis dominus satisfieri, sicuti quilibet creditor debet satisfieri ex bonis debitoris defuncti, si autem bona ipsius per contractus præcipuè onerosos in alios transierint, non videtur, cur ille, in quem transierunt, non possit illas detinere, cum nullibi statuatur, quod remanere debeant obligata pro vsuris.

Bona furis non sunt ciuiliter hypothecata, nec propriè.

Assertio V. Transeunte matre ad secundas nuptias, antequam ad ipsius instantiam assignetur pupillis alius tutor, bona vitrici remanent hypothecata in fauorem eorundem pupillorum *Socin. cons. 180. diligentèr 2. col. in verb. confirmatur hoc vol. 2., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 156.*

Euincitur expresè hæc assertio *ex l. 2. C. quando mul. tut. off. fu. pot.*, vbi sic legitur apud glos. *Quo subsecuto, si nubat omnia bona mariti secundi erunt obligata pupillo*, & clariùs *in l. si mater, C. in quib. cas. pign. vel hypoth. tac. contrah.*, vbi sic legitur, *si mater legitimè liberorum tutela suscepta ad secundas contrà Sacramentum præstitum aspirauerit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ non persoluerit, mariti quoque eius præteritæ tutelæ ratiocinijs bona iure pignoris tenebuntur obnoxia*, quæ iura adeò clarè intentum euincunt, vt opus non sit in vlteriori probatione immorari.

Iura expresè euincentia assertionem.

Assertio VI. Fundus assignatus pro præstatione alimentorum, vel alicuius alterius præstationis remanet tacitè obligatus pro tali præstatione *Bart. in l. Lucius, ff. de alimentis, & cib. leg., & in l. fundus quem, ff. de annuis leg., Negusantius de pign. memb. 4. part. 2. n. 164. verb. vigesimus tertius casus*, & licet *Romanus cons. 388. in casu propositi thematis* doceat, quod talis tacita hypotheca respectu fundi assignati sit restringenda solummodò ad causam alimentorum, & ad annuam pensionem constitutam à Romano Pontifice in fauorem Clerici super redditibus certæ Ecclesiæ, ratione cuius, & ipsi reditus, & bona, ex quibus exiguntur, sint tacitè obligata; nihilominùs communior est opinio, quod assertio non sit restringenda ad huiusmodi duos casus, sed etiam ad alios similes, quando certus fundus est specialitèr designatus pro certa annua præstatione, & ità tenendum est.

Assertio non est restringenda ad casum particularem alimentorum.

Probatur iam assertio primò, quia qui legat super aliquo fundo determinatos annuos fructus soluendos determinatæ personæ, vel pro alimentis, vel pro aliqua alia consideratione habita à legante, obligat implicitè, & tacitè talem fundum pro talibus alimentis *Bartolus in l. fundus, quem ff. de annuis legatis, & in l. Codicillis, §. instituto, ff. de leg. 2., Hostensis in summa tit. de locato, §. quæ actio vers. ante penult., & vlt. Ioannes Faber, instit. de action. § item seruiana in vlt. col.*, ergo etiam, qui assignat determinatum fundum pro alimentis, vel pro quacumq; alia annua præstatione, ipsum fundum tacitè obligat pro talibus alimentis, vel annua præstatione. Consequentia tenet, quia quoad substantiam idem videtur esse dicere, *lego super illo fundo tot soluendos singulis annis Caio*, & dicere, *obligo talem fundum pro tot soluendis eidem Caio*, & item dicere, *assigno tot in tali fundo excipiendos*, prout probat idem *Bartolus in d. l. codicillis, §. instituto, ff. de legat. 2. ex rubr. de rebus eorum, qui sub tut., & curat. non alien., vel sup.*

Probatur secundò, quia assignato certo fundo pro præstatione annuorum alimentorum, vel alicuius alterius pensionis, si ille fundus transiret ad tertium possessorem, possessor ipse ratione talis fundi teneretur ad illam præstationem *l. hactenus, ff. de vsufructu Hostiensis in summa tit. de locato, §. quæ actio*, & deducitur etiam *ex l. 2. ff. de alim., & cib. leg.*, ergo quia ille fundus intelligitur tacitè obligatus pro illa alimentorum, alteriusque annuæ pensionis præstatione. Consequentia tenet, quia ille tertius possessor non tenetur alicuius actionis personalis, cum ipse non contraxerit, ergo ratione actionis realis in tali fundo, quæ non potest esse, nisi hypothecaria.

Neque hic audiendus est Romanus restringens talem tacitam hypothecam ad solam causam alimentorum; non, inquam, audiendus est, quia in primis in multis alijs casibus inducta est tacita hypotheca pro præstationibus annuis in determinato fundo, & ibi nulla determinata hypotheca in fundo assignato pro eisdem *in tot. tit. ff. & C. in quib. caus. pign. vel. hypot. tac. contr.* Deindè vbicunque sit specialis designatio bonorum pro præstationibus, ibi semper censentur talia bona tacitè obligata pro eisdem præstationibus *Bartolus in l. fundus, quem ff. de ann.*

ann. leg., & in l. codicillis, §. instituto, ff. de lega. 2., & in l. Lucius, ff. de alim., & cib. leg.

PRÆNOTIO IX.

De hypotheca expressa, & conuentionali.

SVMMARIVM.

Hypotheca expressa inducitur testamento, & pactis contrahentium, siue explicitis, siue implicitis. 1.

Concessio alienationis rei in defectum solutionis inducit vim pignoris in tali re. 2.

Facultas concessa creditori de ingrediendo propria auctoritate possessionem inducit hypothecam in illa. 3.

Si quis mutuum accipiat dicens mutuanti, mutua mihi centum nummos super ista re, *constituit hypothecam in tali re.* 4.

Subscribens scripturam, in qua continetur obligatio propriæ rei, rem illam hypothecat. 5.

Causa formalis intrinseca in hypothecis conuentionalibus est consensus contrahentium, siue implicitus, siue explicitus, in testamentarijs verò consensus testatoris, & acceptatio legatarij. 6.

Nec stipulatio, nec præsentia contrahentium, nec certa verborum forma, nec traditio est forma necessaria extrinseca hypothecæ expressæ. 7.

Oppignorare possunt, quicunque habent plenam facultatem donandi. 8.

Domini habentes plenum dominium, & expeditam, liberamque administrationem rerum suarum possunt res suas oppignorare, non sic habentes plenum dominium, non tamen liberam administrationem. 9.

Quinam in particulari defectu liberæ, & expeditæ administrationis non possint oppignorare. 10.

Non domini non possunt hypothecare quoad actionem directam, nisi habeant generale, vel speciale mandatum à Dominis. 11.

Publici administratores ciuitatis possunt bona ciuitatis obligare. 12.

Limita in immobilibus, nisi intercederet auctoritas Principis. 13.

Si administrator ciuitatis sine congruo mandato mutuam pecuniam acceperit, quæ verè fuerit conuersa in commodum ciuitatis, eadem ciuitas tenetur eandem restituere, non tamen bona illa remanent hypothecata. 14.

Si verò non sit versa in commodum eiusdem, nec tenetur restituere, nec intelligitur hypothecare sua bona. 15.

Si administrator pro pecunia mutuo accepta, & conuersa in vtilitatem ciuitatis sine congruo mandato bona eiusdem hypothecæ subiecerit, & ciuitas postea ratam habuerit talem obligationem, tunc hypotheca constituitur. 16.

Accedente ratihabitione ciuitatis in ordine ad eandem ciuitatem hypotheca retrotrahitur ad tempus obligationis inductæ per administratorem sine idoneo mandato, in ordine verò ad alios creditores, qui medio tempore contraxerunt cum ciuitate cum iure hypothecæ non retrotrahitur. 17.

Tutores, & curatores possunt pro contractibus, quos ineunt in fauorem pupillorum, & minorum eorum bona mobilia hypothecæ subijcere. 18.

Prælatus habens administrationem bonorum Ecclesiæ, seu monasterij potest in contractibus per se initis in fauorem Ecclesiæ, seu Monasterij bona eiusdem mobilia obligare, non sic immobilia, seu mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt. 19.

Possunt res alienas obligare, qui habent potestatem, vel à Domino, vel à iure. 20.

Vsufructuarius vsumfructum, Prælatus fructus bonorum Ecclesiæ ad tempus à iure non prohibitum, emphyteuta fructus rei emphyteuticæ, vasalus fructus rei feudalis possunt oppignorare, impropriè tamen. 21.

Regularitèr loquendo ea non possunt oppignorari, quæ vel ex natura sua, vel ex dispositione iuris vendi, & alienari prohibentur contractu oneroso. 22.

Ea, quæ iuris Diuini præcisè sunt, non possunt obligari. 23.

Nec item ea, quæ communia sunt. 24.

Bona, quæ quodamodò dicuntur publica quoad vsum, si præseferant aliquam vtilitatem habenti dominium, possunt obligari. 25.

Ius patronatus secundum se non potest hypothecæ subijci. 26.

Ius patronatus in oppignoratione vniuersitatis bonorum propriè non venit. 27.

Liber homo non potest propriè pignorari. 28.

Non cadunt sub hypotheca generali instrumenta aratoria, boues aratorij, nec serui ad huiusmodi munera deputati, si sint necessaria. 29.

Possunt cadere sub speciali expressa obligatione. 30.

Res litigiosæ non videntur cadere sub hypotheca. 31.

Seruitutes siue rusticorum, siue vrbanorum prædiorum cadere nequeunt sub hypotheca. 32.

Regularitèr alia bona priuatorum, siue mobilia, siue immobilia cadere possunt sub hypotheca. 33.

Oppignorato fundo intelliguntur etiam oppignorati fructus ab ipso pendentes. 34.

Si Dominus fundum alicui oppignoratum vendiderit alteri, & emptor fructus seminauerit, & perceperit, non potest creditor oppignoratarius ad illos fructus satos, & iã perceptos hypothecaria agere, benè tamen ad

ad fructus pendentes, & solo inhærentes 35.

Si tamen illi fructus fuerint percepti non ab emptore, sed ab hærede oppignorantis, tunc creditor posset ad illos agere. 36.

Bona, quæ pignorans non habet in sua potestate, sed rationabiliter sperat se habiturum, possunt cadere sub hypotheca, & eueniente casu hypothecæ subijciuntur. 37.

Bona etiam aliena, si de futuro fiant obligantis, possunt cadere sub hypotheca. 38.

Si obliget absolutè sine vlla conditione, & creditor fuerit ignorans alienitatis rei, tunc per acquisitionem rei confirmatur obligatio, si verò fuerit conscius, non confirmatur, ita vt possit agere hypothecaria. 39.

Præmia futura pro coronis atletis non cadunt sub obligatione rei futuræ. 40.

ALiud membrũ diuisionis hypothecæ supra propositæ ex professo examinandum assumimus, hypothecæ, inquam, quę consurgit ex contrahentiũ conuentionibus, & pactis, quæq; potissimum inducitur, quando vel à iure, vel ex decreto prætorio, vel magistratu non est prouisum creditoribus, tunc etenim quandoque creditores ipsi per pacta sibi prouident de opportuno remedio hypothecæ. Hic primò erit examinandũ, quenam sit, vel esse possit causa efficiens talis hypothecæ. Secundò quęnam forma, siuè intrinseca, siuè extrinseca. Tertiò quinam finis. Quartò quęnam materia, & vltimò quinam effectus. De actionibus, & obligationibus, quæ ex tali contractu consurgunt, erit sermo in subsequentibus. Hic etiam erit sermo de modo, quo exprese inducitur talis hypotheca expressa; pro quo sit

Proponũtur ea, quæ sunt examinãda in hac prænotione.

1 Assertio I. Duobus potissimum modis inducitur hypotheca expressa, testamento scilicet, & pactis contrahentium; siue explicitis, siue implicitis. Ita quoad primam partem *Bartolus in l. fideiussor obligari in princip. ff. de fideiuss. Alexander in l. si domus §. fin. in verb. limi. ff. de leg. 1. Alexander in cons. 47. visis instrumentis in 3. vol.* Quoad secundam est communior.

Probatur iam quoad primam ex *l. 1. C. communia de leg.* vbi Iustinianus hoc scriptum reliquit: *Hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare.* Item ex *l. non est mirum ff. de pignor. act.* Ibi, *cum testamento quoque pignus constitui posse Imperator noster cum Patre sæpissime rescripserit.* Item ex *l. 8. §. idem est ff. de transact. l. 12. & l. si fundus ff. de auth. leg.* vbi per testamentum bona testatoris fuerunt exprese obligata, & obligatio per illa iura exprese approbata.

Iura quin centit intetum.

Probatur secundò quoad idem, quia per testamentum ex sola voluntate testatoris transferri possunt absolutè dominia rerum, vt per se est manifestum, ergò à fortiori per eiusdem testatoris voluntatem testamento expressam poterunt ipsius bona non translato dominio earundem rerum hypothecariè obligari. Consequentia patet, quia vnusquisque, vbi aliqua conuentio non obstat, nec lex prohibet, cum sit rerum suarum moderator, & arbiter, potest quamcumque legem in rebus suis constituere, &, si potest absolutè transferre, non video, cur non possit easdem obligare euenientibus casibus &c., & cuicunque licitum est alienare, licitum etiam est oppignorare; vt videbimus infrà. Confirmatur, quia vnusquisque potest res suas fideicommisso vinculare, ergò etiam poterit hypothecariè alligare &c. Neque obesse potest, si asseratur, pignus, & hypothecam non posse constitui, nisi aliqua obligatione præcedente *l. contrahitur ibi propter aliquam obligationem, & ibi Bartolus ff. de pignor.*, & quod hypotheca ab initio constitui non possit sine principali obligatione, habetur in textu *in l. fideiussor obligari in princip., & ibi Bartolus ff. de fideius. Alexander cons. 134. animaduersis n. 20. vol. 6.*, in casu autem, de quo nunc loquimur, nulla supponitur præcedere obligatio, cum omnia dependeant ex libera testatoris voluntate; non, inquam, obesse potest, tum, quia ea obligatio, & hypotheca procedit ex voluntate eiusdem testatoris, obligatio quidem, quatenus hæredes compellit ad conferendum aliquid ei, cui ipse legauit, vel ordinauit conferri; hypotheca, quatenus pro tali obligatione aliqua, vel omnia sua bona hypothecæ subiecit, aduersus quæ legatarius, vel alius habeat actionem hypothecariam; tum quia allegata iura procedunt dumtaxat, quando ex conuentione duorum consurgit hypotheca expressa, & conuentionalis.

Vnusquisque in rebus suis potest legem constituere.

Potest res suas fidei commisso vinculare.

Probatur iam quoad secundam partem ex *l. 1. §. vlt. ff. de pactis*, vbi Vlpianus pignus refert inter conuentiones iuris gentium, quæ in proprium nomen contractus transierunt; & ex *l. 44. §. non mutat ff. de vsucap.* vbi Papinianus ait, persecutionem pignoris sola conuentione constitui, & *in l. 1. ff. de pignor. act.*, vbi Vulpianus ait pignus contrahi non solùm traditione, sed etiam nuda conuentione, & si non traditum sit, & ex *l. 4. ff. de pign.*, vbi Caius ait contrahi hypothecam per pactum conuentum.

Pignus conuentione cõstituitur.

Probatur secundò, quoad idem, quia contrahentes per sua expressa pacta, & conuentiones possunt res suas inter se absolutè, & simpliciter transferre etiam quoad plenum, & absolutum dominium, vt per se patet in contractibus, in quibus dominia rerum transferuntur, ergò per eadem

Contrahẽtes res suas trãsferunt quoad dominiũ.

eadem, seu per easdem poterunt easdem res sibi ad inuicem obligare quo ad ius hypothecarium, quod minus est, quam sit ius dominij absolutum, & plenum.

2 Dixi, *ex pactis contrahentium, siue explicitis, siue implicitis,* propter nonnullos casus, in quibus, quantumuis expresse non fuerit actum, per æquiualentiam tamen actum presumitur; sic, in primis, si inter debitorem, & creditorem initum fuerit pactum, vt liceat creditori alienare rem debitoris, tunc in tali re intelligitur ex conuentione implicitè inducta hypotheca in tali re, pro qua data est facultas alienandi *l. 3. §. fin. ff. qui pot. in pign. habeatur, & ibi Bartolus, Baldus in l. creditores in fin. primæ lecturæ C. de pign.* Ratio autem ea est, quia ex illo pacto intelligitur res illa obligata creditori; non enim iste posset illam alienare, nisi eandem pro suo credito obligatam teneret.

Casus, in quibus pacta implicita sufficiunt ad constituendam hypothecam.

3 Item, si debitor facultatem concesserit creditori de ingrediendo propria auctoritate aliqua bona, etiam intelligitur eidem creditori in illis bonis concessisse hypothecam, *Baldus in d. l. creditores in fin. primæ lecturæ C. de pign.* per textum *in d. l. 3. §. fin. ff. qui pot. in pign. hab.* & ibi *Alexander in Apostilla ad Bart.*, & ratio est, quia per talem concessionē debitor videtur manifestè obligare prædicta bona in fauorem creditoris, eaque omnia iura concedere, quæ per hypothecam expressam tribuuntur.

Facultas ingrediēdi bona concessa creditori ex propria auctoritate inducit hypothecā.

4 Item, si quis indigens aliqua pecunia dicat alteri, *mutua mihi centum super ista re* videtur constituere hypothecam in tali re in fauorem mutuantis, *Bartolus in l. codicillis §. instituto ff. de leg. 2. Bartolus in l. fundus quem ff. de ann. leg. Baldus in l. 1. C. communia de leg.* Quid enim aliud est dicere, mutua mihi super ista re centum, nisi dicere, obligo tibi rem istam pro centum, quos mutuos peto, & accipio?

5 Item, si quis subscribit scripturam, vel contractum, in quo res sua contrahetur, & obligatur, videtur illam in fauorem illius, pro quo, seu in cuius fauore subscribit, hypothecare, *l. fideiussor §. 1. & ibi Bartolus post glos. ff. de pignorib.*, ex eo etenim, quod ipse subscribit scripturæ, per quā res propria obligatur, videtur expresse consentire tali obligationi. Limitant tamen aliqui hoc, quod in præsenti dicitur, in casu, quo dominus talis rei subscriberet duntaxat tanquam testis, non tanquam promissor, quia tunc per talem subscriptionem non intelligeretur inducta hypotheca, nec subscribens censeretur approbare obligationem de re sua factam in scriptura, *Bartolus & Glosa in l. Caius ff. de pign. actione*, sed quidquid sit de hac limitatione, latè videbimus alibi.

Subscribens consentit obligationi.

Limitatio quedā.

6 Assertio II. Causa formalis intrinseca, & substantialis in huiusmodi hypothecis conuentionalibus est consensus ab vtroque contrahente præstitus, si obligatio contrahatur per pacta, vel explicitus, si sit per pacta explicita contracta obligatio, vel implicitus, si per implicita pacta modo, quo mox explicuimus. Neminem ab hac assertione dissentiri existimo, qui sentiat tum per pacta, tum per testamentum induci posse hypothecam expresse; Rursus in hypotheca, quæ inducitur ex testamento, causa formalis in eam est consensus testatoris, & acceptatio legatarij.

Ratio huius assertionis in vniuersum deducitur ex generali regula, secundum quā in omnibus contractibus dicitur, quod consensus det esse contractui, & quod per consensum contrahentes sibi legem constituāt, & per consensum contrahentes se obligent, bonaque sua & in particulari præsentis hypothecæ; conuentionalis euincitur ex allegatis iuribus *in l. 1. §. vlt. ff. de pactis, ex l. 44. §. non mirat. ff. de vsucap. & ex l. 1. ff. de pignor. act. & ex l. 4. ff. de pign.* in quibus omnibus iuribus dicitur, quod contractus hypothecæ per solum consensum contrahatur, non per traditionem. Quoad hypothecam verò ex testamento vltra allegata superius iura ex eo euincitur, quod testator in rebus suis post mortem relictis potuit legem hæredibus constituere, quod certè nō præstat, nisi per voluntatem circa hoc exhibitam, & expressam.

Consensus dat esse contractus, & obligationi ex eo resultanti.

Assertio III. Nec stipulatio, nec præsentia contrahentium, nec verba determinata, nec traditio est forma necessaria extrinseca hypothecæ expressæ, *Negusantius de pign. memb. 1. 3. partis nu. 2. & 3. Hugo Donellus de pign. sub tit. de pign. conuent. Franciscus Balduinus de pign. & hyp. c. 4.* 7

Quoad primam partem de stipulatione euincitur *ex l. blanditus C. de fideiuss.* vbi dicitur, stipulationem ad contrahendam hypothecam non esse necessariam, quamquam ad fideiussores obligandos plerumq; requiratur; quod etiam ex eo præcipuè euincitur; quod & inter absentes pignoris obligatio potest contrahi, vt videbimus in mox subdendis.

Textus euincens non esse necessariā stipulationem.

Quoad secundam de presentia euincitur potissimum *ex l. 12. §. 1. ff. de pig. & ex l. 2. ff. de pact. l. creditor. §. fin. ff. de pignor.* & ideo etiam per Epistolam contrahi potest, & nō vitiatur, licet non sit in ea dies, & consul *l. cum tabernam §. idem, quæ ijs, & ibi Bartolus ff. de pignor. Baldus in 1. consil. C. in quibus in 2. col. in verb. vtrum pignus.*

Nec præsentiam cōtrahentium.

Quoad tertiam de verbis determinatis euincitur *ex l. contrahitur ff. de pignor. item ex l. si in princip. C. quæ res pignori oblig. poss.* adeout ad ipsius constitutionē impropria verba sufficiant, vnde etiam per epistolam, & nuntium consensus interuenire potest,

Nec verba determinata.

&

& conuentis, *l. 2. ff. de pactis*.

Iura euincentia, non requiri traditionem.

Quoad traditionem tandem ex eo euincitur, quod habet *Vulpianus in l. 1. ff. de pignor. act.*, nempè quod *pignus non solum traditione, sed etiam nuda conuentione contrahatur, & si nondum traditum est*, & licet alia iura realia non constituantur solo consensu, sed requiratur traditio, *l. traditionibus, C. de pactis, & l. 3. §. 1., & l. si partem in princip. quemadmodum seru. amit.* ex speciali tamen iure pignus, per quod etiam ius reale constituitur *l. pignoris, ff. de pign.* nudo consensu contrahitur *l. si tibi, §. de pignor., ff. de pactis l. 1., & ibi Bartolus ff. de pign.*

Hypotheca solo consensu cõtrahitur.

Ratio horum omnium, quę dicta fuerunt in hac assertione, ea est, quia contractus hypothecæ solo consensu contrahitur *ex d. l. si tibi §. de pig. ff. de pactis*, ergo quomodocunque interueniat consensus, ibi habebitur perfecta hypotheca, seu pignus, vt verificatur in alijs omnibus contractibus, qui solo consensu perficiuntur.

8 Assertio IV. Oppignorare possunt quicunque habent liberam facultatem donandi. Est communis tam apud Theologos, quam apud iuris peritos.

Probatur, quia qui habet liberam potestatem donandi, habet liberam potestatem ius suum pleno iure in aliũ, seu donatarium transferendi, ergo à fortiori habebit potestatem rem, quam donare potest, alteri obligandi. Consequentia tenet, quia eo ipso, quod habet potestatem donandi, supponitur habere dominiũ plenum in re, quam donat, liberam administrationem eiusdem non impeditam, eo autem ipso, quo habet hæc omnia, non habet, à quo impediatur, rem, quam donare potest, alteri obligare; minus enim est, & minoris præiudicij rem præcisè obligare, ac hypothecæ subijcere, quam transferre plenum dominium eiusdem rei, & licet, vt multi asserunt, non valeat dicere, potest hypothecare, ergo etiam potest donare; in communi tamen consensu valet dicere, potest donare, ergo etiam potest hypothecare. Non modicum facit ad hoc comprobandum id, quod habetur *in l. pupillus §. 1. ff. quæ pig., & hypoth. oblig. non pos.*, vbi filijs familias denegatur facultas oppignorandi, sicut etiam donandi, quia non habent liberam, & expeditam suorum bonorum administrationem, ergo qui habent talem liberam, & expeditam administrationem, sicuti possunt donare, poterunt etiam oppignorare.

Minus est rem præcisè obligare, ac absolutè alienare.

Filijs familias æquè negatur facultas pignorãdi, ac donãdi

9 Assertio V. Domini habentes plenum dominium, & administrationem expeditã, & liberam rerum suarum, possunt res suas oppignorare, non sic habentes plenum dominium, non tamen liberam, & expeditam administrationem. Ità expressè quoad vtramque partem *Ognate tom. 2. de contract. tract. 20. de pign. disp. 55. sect. 3. nu. 60., & 61.*

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod posito pleno dominio, & libera rerum administratione, si lex non obsistat, aut conuentio non prohibeat, non est quid desiderari possit, quominus habens tale dominium, & administrationem, non possit res suas hypothecę subijcere, secus nullus esset, qui posset res suas hypothecare. Accedit, quod habens plenum dominium, & liberam administrationem in rebus suis, potest easdem res plenè, & absolutè alienare, ergo poterit etiam hypothecare, quandoquidem quid minus est res suas hypothecæ subijcere, ac res suas simpliciter alienare.

Non est, quod possit impedire, quin possit hypothecæ subijcere.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod hypotheca, seu oppignoratio est quędam species alienationis, vndè etiam *in extrau. Pauli II. de alienato bon. Eccl. incipien. Ambitiosæ*, dicitur, quod Clericus, qui prohibitus est alienare res Ecclesiasticas, sit etiam prohibitus easdem oppignorare, quia oppignoratio est quędam species alienationis, sed qui non habent liberam, & expeditam administrationem rerum suarum, non possunt easdem secundum se alienare, quia ad alienationem requiritur libera administratio rei alienabilis, ergo, nec poterit sine tali libera administratione easdem hypothecæ subijcere.

Oppignoratio est species alienationis.

Hinc in particulari hypothecare non poterunt pupilli, & minores sine auctoritate tutoris, & curatoris, prout in alijs terminis de commodato diximus *tom. 3. sub tit. Contractus IX. de commodato, & depos. prænot. n. 6.* iuxtà textum *in l. Iulianus, ff. de contrab. empt., & vendit., & in l. 1. §. impuberes, ff. commodati*; si enim commodare non possunt, multò minus poterunt hypothecare, cum maius ius transferatur per hypothecam, ac per commodatum. Eadem ratione, eisdemque iuribus euincitur, quod prodigi, & furiosi post interdictam administrationem, & assignatum curatorem non possint hypothecare, nec filij familias, nec serui, nec Religiosi priuati, nec alij, de quibus loc. cit., & alibi.

10 Filij familias, & minores sine auctoritate Patris, seu tutoris non possunt oppignorare.

Nec prodigi, nec furiosi post interdictã administrationẽ

Assertio VI. Non Domini non possunt hypothecare quoad actionem directam, nisi habeant speciale, vel generale mandatum ad hypothecandum nomine, & in vtilitatem dominorum. *Hugo Donellus de pig. sub tit., quæ res à quibus obligari possint, Ognate d. tom. 2. de contract. tract. 20. de pign. disp. 54. sect. 3. n. 64.* 11

Ratio primæ partis deducitur *ex l. nemo ff. de reg. iuris*, vbi dicitur *consentaneum esse neminem alienam rem pignori obligare posse, quam qui de ea iure suo statuere potest, sicque rectè edicto de seruiana actione cautum est*; vt is solus rem pignori obligare possit, cuius in bonis res fuerit, Neque obesse potest, si asseratur, quid oppignoratarius non sit Dominus rei sibi oppignoratæ, & tamen

Iura, quibus innititur assertio.

eandem rem sibi oppignoratam potest alteri oppignorare, adeoque, quod verum non sit, quod is solus rem pignori obligare possit, cuius in bonis res fuerit. Assumptum huius instantiæ fundatur in eo, quod habetur *in l. Grege, § cum pignori, ff. de pign.* vbi dicitur, quod, si obligasti mihi rem, & ego eandem Fisco obligauerim, teneat obligatio per me facta; quod idem habetur *in l. 1. C. si pignus pig. dat. sit*, non, inquam, obesse potest, quia illa secunda oppignoratio facta per primum oppignoratarium creditorem non est in rigore oppignoratio, quia secundus oppignoratarius non acquirit idē ius, quod acquisiuit primus in re oppignorata, cum in primis agere possit ad eandem secundum substantiam, & proprietatem, non sic secundus, vndè iurè meritò *Glosa in d. l. 1. C. si pignus pign. datum sit*, assignans discrimen inter secundum, & primum pignoratarium, asserit, quod primus habeat actionem hypothecariam directam, secundus nonnisi vtilem, rationemque adducit, quia, quando primus creditor obligat pignus secundo, non est dominus rei, ideò non confert hypothecam directam, sed tantum vtilem, quando verò debitor obligauit rem suam primo, fuit dominus, adeoque contulit etiam actionem hypothecariam directam, *Bartolus, Salicetus post Petrum in d. l. 1. C. si pign. pig. dat. sit.* propter quod dixi in assert. *quoad actionem directam*, quod etiā verificatur in alijs contractibus, puta in emphytheutico, & locationis, in quibus emphytheuta, & conductor, quantumuis non habeant dominium directum, & absolutum in re emphytheuticata, & sibi locata, possunt nihilominus quoad actiones vtiles, licet non quoad directas, sublocare alteri.

Pignoratarius creditor alteri obligatus rem sibi oppignoratā non propriè oppignorat.

Secundus pignoratarius nō habet, nisi actionem vtilem.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod, cum non dominus ex voluntate Domini, a quo habet siue generale, siue speciale mandatum, talem obligationem faciat, parum interest, quod Dominus ipse, vel per se ipsum immediatè, vel per alium mediatè fecerit, *l. 2. C. si alien. res pign. dat. sit*, ex quo consequens est, vt procurator rem domini rectè pignori obliget, siue hoc ipsi specialitèr mandatum sit, siue eidem commissa administratio generalis bonorum ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. solutum §. solutam, ff. de pign. act.*, *Negusant. de pign. memb. 1. secundæ partis n. 35.*, *Hugo Donell. de pign. sub tit., quæ res à quib. oblig. poss.* Dixi, *à quo habet, siue speciale mandatum*, ad quod non requiritur, quod sit indiuiduum ad pignorādam talem rem tali, sed sufficit, quod sit in specie ad pignorandas res, *Bartolus in l. filius familias col. fin. de donat.*, *Alexander in cons. 189. viso statuto nu. 7. vol. 7.* Dixi, *siue generale*, prout importat administrationem vniuersorum bonorum, iuxta textum *l. vel vniuersorum, ff. de pign. act.*, vel prout importat mandatum generale cum libera, *l. procuratoria libera, ff. de procurat.*, *Glosa in d. l. vel vniuersorum, & in l. 1., & ibi Bartolus, C. si alien. res pig. dat. sit.* Dixi, *ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere*, nam quodcunque mandatum non est sufficiens ad hoc, vt mandatarius possit rem alienam hypothecæ subijcere, sed requiritur, vt sit mandatum, vel ad pignorandum, vel ad alienandum, non enim quodcunque mandatum sufficiens est ad alienationem, vel ad species eiusdem; Ex eo autem, quod dixerim, quod mandatum generale sit ab eo, qui solitus est sub pignoribus pecunias mutuas accipere, est vehemens præsumptio, quod mandatum dederit ad res suas administrandas, iuxta consuetum modum, quo ipse solebat, seu solitus fuit administrare, & sic sub pignoribus.

Tunc hypothecaret nomine domini.

Non sufficit quodcūq; mandatū, sed requiritur mādatū, vel ad pignorandum, vel ad alienādū.

Ex ijs, quæ mox dicta sunt, multa inferuntur, & primò, quod administratores publici ciuitatis possint bona ciuitatis obligare, *Hugo Donellus dict. tract. de pign. sub d. tit. quæ res à quibus obligari possint*, atque hæc illatio expressè deducitur ex textu *in l. si is, qui bona, ff. de pignor.*, vbi sic legitur. *Si is, qui bona Reipublicæ iure ministrat mutuam pecuniam pro ea accipiat, potest rem eius obligare.* Dicitur, *iure ministrat*, hoc est, qui ab omnibus decurionibus, aut maioris partis decreto datus est; rebus enim publicis dum præficitur generalitèr ei omnia committi intelliguntur, quę ad Rempublicam, & administrationem rerum ad eam pertinentium spectant. Limitarem tamen dictum, vt non procedat quoad hypothecam in rebus immobilibus eiusdem Reipublicæ, nisi intercederet consensus, seu authorizatio Principis, quandoquidem ciuitates in iure reputantur pro pupillis, & minoribus, vt infra ostendam, & alibi allegatis iuribus probaui; sicuti igitur tutores, & curatores sine decreto Iudicis non possunt bona immobilia pupillorum, & minorum alienare, nec hypothecæ subijcere, vt mox subdam, ita nec administratores bonorum ciuitatis possunt sine Principis auctoritate alienare, nec hypothecariè obligare. Quod, si supponas, huiusmodi administratores bonorū Ciuitatis non habere idoneum mandatum ad alienandum, & hypothecandum, tunc vidēdum est, an per huiusmodi administratores, pecunia mutuo accepta, pro qua huiusmodi bona dicuntur per administratores hypothecata, fuerit conuersa in vtilitatem, & commodum eiusdem ciuitatis, nec ne; secundò, an talia bona hypothecata, seu oppignorata transierint ad mutuantem, seu creditorem, an adhuc maneant apud eandem ciuitatem, seu administratorem. Si huiusmodi pecunia, pro qua bona hypothecata fuerunt per administratores

12

13 Ciuitas reputatur pro pupillo.

14

tores

tores fine mandato idoneo fuerit conuersa in commodum eiusdem ciuitatis, crediderim ciuitatem teneri illam pecuniam restituere, non tamen illa bona remanere propriè hypothecata. Ratio primæ partis est, quia, ex quo ciuitas illam vtilitatem percepit, seu commodum, videtur obligari ad id, ex quo vtilitatem percepit; non enim ex alterius onere, seu lucro debet ditescere, qua ratione etiam alibi docuimus, quod, si Æconomus monasterij mutuum acceperit, & illud fuerit in commodum monasterij conuersum, teneatur monasterium illud mutuanti restituere. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod illa hypotheca non consurgit ex dispositione iuris, cum propter mutuum præcisè non sit assignata à iure hypotheca, nec ex conuentione, non eiusdem ciuitatis, quæ nec expressè contraxit, nec mandatum dedisse supponitur ad contrahendum, nec eiusdem administratoris, ex quo potestatem non habuit. Si verò huiusmodi pecunia non fuerit conuersa in commodum ciuitatis, à fortiori sequitur, quod ex illo contractu administratoris non consurgat hypotheca in bonis Ciuitatis, quandoquidem, nec ex vtilitate eiusdem consurgit hypotheca, nec ex conuentione; & licet dicatur, quod, quandò pecunia mutuata per creditorem procuratori, seu administratori est versa in vtilitatem domini, & creditor possidet defacto rem pignoratam, possit creditor excipere contra debitorem repetentem pignus, donec sibi restituatur pecunia versa in vtilitatem debitoris, & vti retentione, vt ex textus *in l. 1. & ibi Bartolus, Baldus, & Salicetus C. si res alien. pign. dat. sit*, & etiam vltrà rationem, quando creditor non possidet pignus, & pecunia mutuata versa est in vtilitatem debitoris, possit idem creditor agere versus dictum debitorem actione negotiorum gestorum; licet, inquam, hoc dicatur, non propterea ex hoc arguitur, quod constituta sit hypotheca in talibus bonis, siue existant penes creditorem, siue apud illum non existant, quod ex eo euincitur, quod non quæcunque facultas ad detinendam rem existentem apud debitorem pro suo credito arguit hypothecam in illa re, nisi sit constituta, vel ex dispositione iuris, vel ex partium conuentione, sed solummodò quandam cautionem, ne teneatur aliundè inquirere, cum iam apud se sufficientèr habeat, quo possit sibi pro securitate sui crediti consulere. Deindè hypotheca non constituitur per rei traditionem, sed per solum consensum per superiùs firmata, & æquè potest esse, siue res fuerit tradita, siue non; sicuti igitur, quando non est tradita, creditor non potest agere hypothecaria, sed tantum actione negotiorum gestorum, vt dicitur in ipsa instantia, ex consequenti sequitur, quod hypotheca non fuerit in illis bonis constituta.

Nemo ex alterius iactura debet ditescere.

Hypotheca, nec consurgit ex dispositione iuris, nec ex partiū conuentione.

15

Oppositum contra illationē eiusque impugnatio.

Hic oritur difficultas, an quando administrator sine idoneo mandato obligauit pro pecunia accepta, & conuersa in vtilitatem ciuitatis res eiusdem, si postea hæc ratam habuerit talem obligationem in rebus suis factam hypotheca constituatur, &, an talis hypotheca retrotrahatur ad tempus obligationis factę per administratorem sine idoneo mandato, an verò tantum incipiat à tempore ratihabitionis? Sentio in primis per talem ratihabitionem constitui hypothecam, hocque expressè deducitur *ex l. rem alienam, ff. de pign.*, hoc idem habetur *in l. si inter colonum, ff. eod. tit.*, vbi sic legitur. *Si inter colonum, & Procuratorem rei conuenti de pignore, vel ratam habente me conuentionem, vel mandante, quasi inter me, & colonum meum conuenisse videtur*, & vlteriùs *in l. si fundus, §. 1. ff. eod.*, vbi dicitur, quod voluntas domini reconciliet obligationem rei alienæ, si Dominus est talis, qui poterat obligare; Nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quia vbicumque accedit voluntas Domini, accedit quidquid deficere poterat ad validitatem talis contractus. Sentio deindè accedente ratihabitione Domini in ordine ad eundem Dominum hypothecam retrotrahi ad tempus obligationis inductę per administratorem, licet sine idoneo mandato, in ordine verò ad alios creditores, qui medio tempore inter talem obligationem, & ratihabitionem contraxerunt cum eodem Domino cum iure hypothecæ non retrotrahi. Ità in vniuersum sentire videtur. *Negusantius de pig. mem. 1. secundæ partis n. 36., Bartolus, & Gulielm. in l. rem alienam, ff. de pig., Bartolus in l. si indebitum, §. fin. ff. rem. ratum haberi, & in l. si fundus, §. 1. ff. de pign., Salicetus in l. penult. C. si alien. res pig. da. sit, Socinus in consf. 126. in caus. 2. decreti vol. 4.* Faciunt pro prima parte ea omnia iura, quæ absolutè indicant talem retrotractionem, & primò textus *in d. l. si fundus, §. 1. ff. de pignor.*, vbi sic legitur. *Si nesciente domino res eius hypothecæ aucta sit, deindè postea Dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipso, quod ratum habet voluisse eum retrocurrere ratihabitionē ad illud tempus, quod conuenit*; secundò textus *in d. l. si inter colonum, ff. eodem*, vbi, cum dicatur, quod domino ratam habente conuentionem initam inter Procuratorem, & Colonum videatur quasi dominus cum eodem colono conuenisse; si enim videtur ipse conuenisse, sequitur, quod quasi nomine eiusdem Domini procurator conuenerit, adeoque, quod hypotheca vim habeat à die illius conuentionis. Faciunt pro secunda parte iura *in l. potior, §. si colonus, ff. qui pot. in pig. hab.*, vbi præfertur, qui specialitèr purè obligationem recepit ei, qui recepit sub con-

16

Voluntas Domini reconciliat obligationē rei alienę

Sunt omnia requisita ad validitatem hypothecæ.

17

Iura inducentia retrotractionem.

Videtur quasi eadem ciuitas cum mutuāte contraxisse.

Iura eunicentia in ordine ad alios creditores non esse retrotractionem.

conditione potestatiua. Insuper facit id, quod habet *Bartolus in l. quoties ad fin. ff. de nouat.*, vbi dicit, quod obligatio conditionalis purificata conditione retrotrahitur, nisi obstet defectus rei, vel personæ; hic autem obstat rei defectus, & personæ, vt per se patet, cum res non fuerit administratoris, nec ipse administrator persona habilis ad sic obligandum. Facit item id, quod habet *Socin. d. conf. 126.*, vbi ponit casum de duobus Fratribus, qui obligauerant bona Patris pro dote filiæ,& postea idem Pater alteri talia determinata bona obligauit, qua posita ratificauit obligationem per illos duos factam in fauorem dotis pro filia, & sic soluit, quod obligatio facta per Patrem ante ratificationem dotis pro filia in fauorem illius tertiæ personæ sit potior, & prior,ex quo sequitur,quod illa ratificatio non retrotrahatur ad tempus conuentionis concurrentibus alijs creditoribus præferentibus hypothecam antecedentèr ad illam ratificationem; non enim congruum est, quod Dominus, qui antecedentèr bona sua specialitèr alteri obligauit possit in eiusdem præiuditium ratificare cōtractum, qui antecedentèr ad illam ratificationem erat nullus, cum ille, cui specialitèr obligauit antecedentèr ad illum ratificationem perfectum ius quæsiuit, ad quod confirmandum plura iura refert *Bartolus post Guliel. in d.l. rem alienam, ff. de pign.*, quem tu consule; Neque obesse potest, si asseratur, quod ratihabitio mandato æquiparetur,& retrotrahatur fictione iuris ad tempus mandati *ad l. fin. C. Maced.*, *& reg. ratihabitionem de reg. iur. in 6.* Non, inquam, obesse potest, quia illud dictum locum non habet, quando præiudicare potest iuri perfectè quæsito per tertiam personam *Glosa in dict. l. ratihabitionem* dum allegat *c. ex parte Decani de rescriptis*, vbi deciditur, quod contra ius tertij ratihabitio non retrotrahatur. Hoc idem firmat *Alexander conf. 528. viso, & diligentèr considerato col. 6. vol. 5.*, vbi etiam asserit, quod illud dictum locum non habeat, nec ratihabitio retrotrahatur, quando res non est integra, & in eo statu, in quo erat in principio, quando ille actus fuit gestus, qui ratificatur, quod probat per textum *in l. si vxor, §. si quis vxorem, & ibi Dinus, & Bartolus, ff. de adult.*; in præsenti autem hypothesi res non est integra, cum medio tempore inter contractum initum, & ratihabitionem positam dominus rem illam,quam obligauerat administrator,specialitèr alteri obligauerit.

Qui specialitèr alteri obligauit bona non potest in eius præiuditium ratificare cōtractū.

Quomodo intelligendū sit, quod ratihabitio æquiparatur mandato

18 Infertur secundò, quod Tutores,& Curatores possunt pro contractibus,quos contrahunt in fauorem pupillorum, & minorum eorum bona mobilia hypothecæ subijcere, & obligare *Franciscus Balduinus tract. de pign., & hypoth. cap. 12. pag. mihi 276. in fin., Vgo Donellus de Vig. sub tit. quæ res à quibus obl. pos.* Hoc expressè habetur *in l. qui tutelam, ff. de administ. tut., & l. le ex qua tutores, C. eod. tit., & l. 1. ff. quæ res pig. obl. pos. l. 3., & penult. C. si alien. res pign.* ex eo enim, quod tutelam, seu curationem legitimè assumpserint, videntur à iure, vel ab hominis dispositione assumpsisse idoneum mandatum administrandi res, seu bona pupillorum minorum. Dixi *eorum bona mobilia*, nam de immobilibus dispar est ratio, quandoquidem bona immobilia pupillorum, & minorum, nec alienari, nec hypothecari possunt per solam tutorum, seu curatorum auctoritatem, sed vlterius requiritur decretum Iudicis iuxtà textum *in l. 1. ff. de reb. cor., & in l. res quæ, C. de administ. tut.*, & hoc propter immunitatem talis status. Hæc, quæ dicuntur de tutore, seu curatore quoad bona immobilia pupillorum, & minorum, intelligenda sunt,quando agitur de hypotheca conuentionali, & de pignore voluntario, nam quando agitur de hypotheca necessaria,& de pignore v.g. prætorio, non est dubium, quin res pupillaris possit pignori capi *l. 3., §. si pignori, ff. de reb. eor.*,& tutor conuentus in iudicio pro causa pupillari potest obligare rem pupilli etiam immobilem, quia hoc necessario facit *l. fin. §. defensionem, C. de administ. tut.*

Assumētes legitimè tutelā ex dispositione iuris videntur assumpsisse idoneū mandatum.

Ad immobilia hypothecanda requiritur vlterius decretum Iudicis.

Intellige, quando agitur de hypotheca voluntaria, secus de necessaria.

Infertur tertiò, quod Prælatus habens administrationem bonorum Ecclesiæ, seu monasterij possit in contractibus initis per se in fauorem eiusdem Ecclesiæ, seu monasterij bona eiusdem mobilia nō pretiosa, & quæ seruando seruari non possunt hypothecæ subijcere, & obligare, non sic immobilia, seu mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt, & in hoc omnes conueniunt, & quod primam partem facilè ex eo euincitur,quod huiusmodi bona Prælatus potest simplicitèr, & absolutè alienare, adeoque à fortiori potest hypothecæ subijcere. Quoad secundam verò facilè liquet, ex pluribus textibus iuris canonici,per quos nedum alienatio huiusmodi bonorum vetatur, sed etiam hypotheca in eisdem absolutè prohibetur, & præcipuè *in extrauag. Pauli II. incip. Ambitiosè inter communes de reb. Eccl. non alien.* 19

Prælatus potest mobilia alienare, & per cōsequens obligari.

Infertur quartò, in vniuersum illos omnes posse res alienas hypothecæ subijcere, qui vel habent potestatem à Domino valente res suas obligare, vel à iure, vel ab homine habent liberam administrationem in bonis eorundem, vbicumque talia bona vel à iure, vel ab homine non prohibeantur alienari, vel hypothecari, de quo infrà. 20

Qui habent potestatem à iure, vel à domino possunt obligare.

Assertio VII. Vsufructuarius vsumfructum,quo gaudet potest hypothecæ subijce- 21

re, Prælatus fructus bonorum Ecclesiæ, seu monasterij ad tempus à iure non prohibitũ, emphytheuta fructus rei emphytheuticariæ, sicque vassallus fructus rei feudalis. Ità quoad primam partem *Franciscus Balduinus tract. de pign., & hypoth. c. 11., Neguſ. de pign. part. 1. memb. 2., Molina disp. 529. §. vsufructus, Ognate tract. 20. de hypotheca disp. 56. sect. 5. num. 103.* Quoad secundam omnes, qui sustinent posse locari res Ecclesiasticas ad triennium. Quoad reliquas auctores, qui infrà in probatione referentur.

Prima pars colligitur *ex l. 11. §. vsusfructus de pignor.*, vbi sic legitur. *Vsusfructus, an possit pignori, hypothecæ dari quæsitum est. Et scribit Papinianus lib. 11. responsorum, siue dominus proprietatis conuenit, siue ille, qui solum vsumfructum habet, tuendum creditorem*; Ex quo textu deduces, quod non solum Dominus retenta proprietate possit vsumfructum rei hypothecare, sed etiam vsufructuarius, qui vsumfructum recepit à Domino possit eundem alteri oppignorare, cum hoc tamen discrimine, quod, quando Dominus constituit alteri vsumfructum, certè verum vsumfructum dat, & recipiens verus fit fructuarius, quando verò vsufructuarius dat alteri, alter propriè non fit fructuarius *l. necessariò, §. vlt., ff. de peric., & com. rei vend.*, vndè vsusfructus primo modo concessus pignoris causa quandiù hæc durabit, vsufructuarius gaudebit vsufructu; Secundò vero modo concessus morte vsufructuarij desinet esse; Neque obesse potest, si afferatur, quod vsusfructus non potest vendi *§. finitur inst. de vsufruct.* adeoq; etiam, quod non possit obligari *l. sed, & si quid in fin. ff. de pign.*; Non, inquam, obesse potest, quia, vt benè notant *Cinus, & Salicetus in l. 1. C. si pig. dat. sit*, licet ipse vsusfructus translatus per Dominum in alterum non possit vendi, nec obligari, cum sit ab ipso intransferibilis, vendi tamen potest, & obligari commoditas, quæ ex eodem vsufructu dimanat, *vt l. arborib. §. vsufructuarius, ff. de vsufruct.* Res sic componitur. Quando dominus pleno iure transfert in alterum vsumfructum propriæ rei, tunc vsusfructus causalis, qui esset penes ipsum Dominum, efficitur formalis in persona eius, in quam transfertur, & si postea alteri hic eum obliget, vsusfructus ille formalis non recedit ab eodem vsufructuario, sed solummodò illa commoditas, seu ius realis obligationis transfertur in eum, cui primus vsufructuarius concedit. Quamobrem *Baldus in dict. l. 1. C. si pig. dat. sit* docet, quod illa commoditas, seu ius realis obligationis sit de facilè transferibilis, seu transferibile ab ossibus creditoris primi vsufructuarij, & transire possit ad mille manus, licet non ipse vsusfructus obligatus primo creditori, sicque dum vsufructuarius, qui vsumfructum à Domino recepit, si alteri illum obliget, non transmittit ius vsusfructus, sed tantum transfert ius reale, quod habet in vsufructu vigore hypothecæ, & obligationis.

Margin notes: Iura euincentia vsumfructum posse obligari. — Dominus potest obligare vsumfructum sine proprietate. — Quando vsufructuarius alteri obligat vsumfructum, vsusfructus formalis nō recedit ab ipso vsufructuario, sed tantũ commoditas.

Secunda pars ex eo euincitur, quod Prælatus habens administrationem bonorum Ecclesiæ, seu monasterij potest eiusdem bona, quantumuis immobilia locare ad triennium, vt cautum est *in dicta extrauag. Pauli II. Incip. Ambitiosæ inter communes de reb. Eccl. non alien., & in tot. tit. de reb. Eccl. non alien.*, & in multorum sententia de triennio in triennium vsq; ad nouennium, ergo etiam poterit pro illo tempore, pro quo potest locare, etiam obligare, ità tamen, vt hypotheca non attingat rei hypothecatæ proprietatem, sed tantum ius reale in fructibus eiusdem, adeò vt, eo modo res se habeat respectu eiusdem, ac se habet respectu vsufructuarij, quatenus possit obligare fructus, non proprietatem.

Tertia pars eadem ferè ratione euincitur, qua probata fuit prima pars de vsufructuario, & vlterius ex eo euincitur, quod dictum fuit *tom. 1. sub tit. de emphyt. & censibus*, quod scilicet emphytheuta gaudeat vero dominio vtili in se sibi per Dominum directum in emphytheusim concessa, quod licet non possit abdicare irrequisito proprietario, potest tamen fructus eiusdem, seu ius reale commoditatis retento sibi iure emphytheutico in alium transferre, sicuti etiam potest ius emphytheuticum, seu in re emphytheutica alteri locare.

Quarta pars ex eo euincitur, quod, quamuis feudum respectu dominij non possit alienari, nec oppignorari, tamen respectu fructuum, & commoditatum illius potest locari, pignorari *Ioannes Faber in §. item seruiana col. 14. instit. de actionibus*; non enim per hoc præiuditium aliquod infertur ipsi Domino supremo, & proprietatis, cum talis hypotheca non afficeret proprietatem, sed fructus, & commoditates eiusdem; Neque in hoc audiendus est *Bartolus in l. codicillis, §. instituto in 2. quæst., & ibi etiam Baldus, ff. de legatis 2.*, dum asserit, quod vasallus potest quidem se obligare actione personali ad illos fructus, & commoditates feudi, non autem obligando, seu constituendo ius vsusfructus in eodem feudo, quia tunc esset quædam alienatio, seu obligatio iuxtà textum *in l. fin. C. de reb. alien. non alien.* Non, inquam, audiendus est, quia talis obligatio non esset quoad actiones directas, sed tantum quoad vtiles, eo modo, quo contingeret respectu emphytheutæ, & vsufructuarij obligantium vsumfructum & res emphyteuticas; ex quibus habes, quod, ea omnia, quæ dicta sunt in hac conclusione, intelligi solummodò debeant quoad

Margin notes: Vsusfructus non est facilè transferibilis ab ossibus creditoris. — Prælatus potest locare ad trienniũ. — Obligaret tantũ fructus, seu ius reale cōmoditatis. — Feudum quoad fructus potest locari. — Illa obligatio nō est quoad actiones directas, sed tantũ vtiles.

quoad actiones vtiles respicientes commoditatem, non quoad directas respicientes proprietatem, & substantiam, vnde finito iure, vel vsufructuarij, vel emphytheutæ veluti propter non solutum salarium, aut aliam similem causam simul finitur pignus vt res libera, & soluta committi intelligatur *l.30. de pign. l.17. ff. de pign. act.*

22 Assertio VII. Regularitèr loquendo ea non possunt oppignorari, quæ vel ex natura sua, vel ex dispositione iuris vendi, & alienari prohibentur contractu oneroso. *Lessius de iust., & iure lib.2. cap.28. dub. 7. n.39., Franciscus Balduinus tract. de pign., & hypoth. c. 11.*

Pro maiori assertionis claritate aduerte, res alias esse Diuini iuris simplicitèr, alia iuris humani, prout habetur *in instit. tit. de rerum diuisione*, primi generis sunt res sacræ, sanctæ, & Religiosæ, quæ sub nullius dominio sunt, nisi solius Dei *l.1. l.in tantum ff. de re diuis.* Secundi generis sunt adhuc in quatuor classibus; aliæ enim sunt communes, seu quasi sub omnium dominio, licet impropriè, propriè tamen sub vniuscuiusque vsu, cuiusmodi est aer, aqua profluens, mare, & litora maris; aliæ sunt publicæ, quorum proprietas est alicuius determinatæ personæ, vsu tamen communis omnibus, cuiusmodi est riparum vsus, qui dicitur proprius illorum, quorum bonis circunstat, communis quoad vsum omnibus; aliæ sunt vniuersitatis, quæ inseruiunt pro omnibus illius vniuersitatis, vt sunt studia, fori, theatra, & alia huiusmodi. Differunt hæ res à bonis communibus, quia hæc sunt sub nullius dominio, licet sub vsu omnium, illæ verò sub dominio vniuersitatis quasi vnius corporis politici; à publicis, quia hæc sunt sub determinatæ personæ dominio; illæ verò sub dominio vniuersitatis, seu communitatis; aliæ tandem sunt res priuatorum, quæ sunt sub dominio, & vsu priuatarum personarum, cuiusmodi sunt vestes, vasa, fundi &c.

Varia rerum genera, de quibus potest esse controuersia.

23 Iam in ordine ad ea, quæ iuris Diuini præcisè sunt, probatur assertio, quia ex eo, quod præcisè sint sub dominio Dei sunt extra commertium humanum, nec sunt in patrimonio nostro, ergo nullo respectu cadere possunt sub hypotheca, quæ est species humani commertij.

24 In ordine verò ad bona communia ex eo facilè euincitur, quod, cum sub nullius dominio sint, & quoad vsum communia, non est, cur in eisdem possit constitui speciale ius in fauorem creditoris, quandoquidem quoad dominium non possunt applicari determinatæ personæ creditoris, & vsus æque ei conuenit, siue habeat hypothecam in illis, siue non habeat, nec ex eo, quod illi hypotheca constituatur, potest quoad vsum alios impedire.

In ordine verò ad bona publica, si præseferant aliquam vtilitatem habenti dominium illorum, vt quia in ripis fluminum insertæ sint arbores, tunc crediderim ea posse hypothecæ subijci, quantumuis seruitus, seu vsus in ordine ad aliqua munera sit communis omnibus. Ratio est, quia proprietas supponitur dominorum adiacentium, & ex alio capite in eisdem supponitur aliqua vtilitas; sicuti igitur non repugnat, quod dominus proprietatis possit ripas illas per venditionem alienare, ità non repugnat, quin possit hypothecare. 25

Explicatur, quomodo, & in quibus intelligẽdum se assumptũ

In ordine verò ad bona vniuersitatis ex eo euincitur, quod non possint hypothecari, quia cum sint destinata ad vsum communem omnium, non videntur posse fundare determinatum ius in fauorem eius, cui hypothecarentur.

Tota igitur difficultas est in ordine ad bona priuatorum, quæ possunt adhuc esse in multiplici differentia; & in primis, quantumuis res sacræ regularitèr sint in dominio solius Dei, possunt tamen esse in aliquorum patrimonio, de quibus propterea potest esse quæstio, an possint oppignorari, & absolutè respondendum est, non posse, quia non possunt vendi, vt Ecclesia, cæmeterium, sepulchrum iuxtà textum *in l.1. §. vltim. ff., quæ res pign., vel hypoth. &c.*

Res sacræ possunt esse in alicuius priuati patrimonio.

Hic solum præcipua ratio insurgit dubitandi, an etiam ius patronatus prohibeatur hypothecari; quod duplicitèr potest controuerti; primò, an possit obligari secundum se; Secundò, an in hypotheca bonorum, quibus annexum est ius patronatus, veniat etiam hypotheca eiusdem iuris patronatus. Quoad primum non est dubium, quod non potest obligari, nec hypothecæ subijci; quia secundum se non est alienabile, nec vendibile, cum sit spirituali annexum, adeoque, nec hypothecæ subijcibile. Quoad secundum videtur dicendum, quod in oppignoratione bonorum, quibus annexum est ius patronatus veniat etiam oppignoratio eiusdem iuris patronatus, sicuti in venditione bonorum, quibus est annexum idem ius patronatus, transfertur etiam in emptorem ius præsentandi, adeoque &c. Hoc tamen non obstante asserit *Lessius dict. lib.2. de iust. cap.28. de pign., & hypoth. dub. 7. nu.39.*, quod etiam si Castrum, seu Villa, seu fundus aliquis, cui hoc ius est annexum hypothecæ subijceretur à Domino, non propterea ius patronatus censeretur tali hypothecæ subiectum, & præsentatio pertineret ad priorem patronum; additque rationem, quia ius patronatus non est res, per quam debitum pecuniarium possit compensari. Lessio adhæreo propter hanc rationem, quia per præcisam oppignorationem non transfertur in oppignoratarium dominium fundi, 26 27

Ius patronatus secũdum se nõ potest hypothecæ subijci.

qui

Per oppignorationem non transfertur in oppignoratarium dominiũ fundi.

qui oppignoratum, ius autem patronatus, seu præsentandi ad beneficium, seu dignitatem pertinet ad dominum, non autem ad vsufructuarium, seu ad habentem aliquod ius in tali fundo; Ex quo habes discrimen, quod intercedit inter venditionem, & oppignorationem; nam per venditionem transfertur dominium fundi in emptorem, cui accedit tanquam accessorium ius patronatus; per oppignorationem verò dominium in oppignoratarium non transfertur, & cum ius patronatus sequatur dominium tanquam accessorium suum principale, hinc est, quod, cum dominium pertineat ad oppignorantem, ad eundem etiam debeat spectare ius nominandi, seu præsentandi; Non negauerim tamen quod, si dominium fundi oppignorati ob non solutionem debiti tempore conuento transeat ad pignoratarium, etiam cum eodem transiret ad eundem ius nominandi, vt dicitur etiam in venditione. Neque ex mox dictis destruitur regula generalis supra posita, quod ea, quæ possunt vendi, possint etiam oppignorari; non, inquam, destruitur, quandoquidem ius patronatus secundum se, nec potest vendi, nec pignorari, sed solum sequitur dominium rei, cui est annexum, & sic, dum res venditur, & in alium quoad dominium transfertur, eandem sequitur ius patronatus; dum autem oppignoratur, cum dominium adhuc remaneat penes pignorantem, & ius patronatus apud eundem permanet.

Ius patronatus sequitur dominiũ tanquam suũ principale.

Si dominium vniuersitatis transiret ex causa in oppignoratariũ transiret cum illo, & ius patronatus.

28 Descendendo iam ad ea, quæ iuris humani sunt, pleraque enumero, quæ cadere nequeunt sub hypothecæ commertium. Primò liber homo non potest pignorari iuxta textum *in c. 2. de pignor.* qua ratione *Franciscus Balduinus dict. tract. de pignor., & hypoth. cap. 11.* refert, quod Senatus Rom. sustulerit morem filiorum creditoribus nectendorum, & Diodorus Siculus narrat Ægiptios olim cauisse, ne debitorum corpora, sed patrimonia tantum pignori caperentur, & solam eandem Athenis legem tulit, quod & tandem placuit Romanis Legislatoribus. Neque obesse potest, si asseratur, quod possit aliquis, si velit, in seruitutem se dare, & venundare, vt pretij partem habeat, quod certè infert, quod, sicuti se ipsum potest quis vendere, possit etiam se hypothecæ, seu pignori subijcere, quod etiam confirmari potest ex eo, quod, si quis per alium fuerit ab hostibus redemptus, pignoris quodam vinculo ita obstringatur erga suum Redemptorem, vt eo solui non possit, donec satisfecerit, vel pecunia, vel personalibus obsequijs *l. Senatus, §. vlt. ff. de leg. 1. l. qui testamento hæres, §. 1. ff. de testamentis l. si Patre, ff. de capt. l. 2. C. de postlim. reuer.* Non, inquam, obesse potest, quia, quando est liber, non potest se ipsum vendere, nec ipse à Patre vendi, nisi interuenientibus sex conditionibus, de quibus latè *Molina tom. 1. de iustit., & iure disp. 33. in tit., Siluester verb. seruitus num. 3.* Prima est, vt sit maior 20. annis *l. si ministerium C. de lib. cau.* Secunda, quod ipsa persona libera, si ab alio vendatur, intendet pretium participare *l. non ideò, C. eod.* Tertia, vt de facto participet *l. 1. ff. quib. ad liber. procl. non lic.* Quarta, vt emptor credat, ipsum esse seruum *l. liberis, §. si quis sciens, ff. de lib. caus.* Quinta vt is, qui venditur, sciat conditionem suam, hoc est se esse liberum *l. 4. ff. quib. ad lib procl. non lic.* Sexta, quod pariter venditor sciat ipsum esse liberum *d. l. 4. eod. tit.* Quarum sex conditionum, si aliqua deficiat venditio non subsistit, sed iure communi reuocatur in ingenuitatem, vt constat ex omnibus allegatis iuribus, si verò nulla deficiat, sed omnes interueniant, tunc verè interuenit venditio, nec in eo sensu video, cur etiam non possit interuenire obligatio, & hypotheca eiusdem. Nec hoc est aduersus regulam à nobis positam, quod liber homo non possit obligari per hypothecam, quandoquidem ea procedit secundum se sumendo præcisè hominem liberum, quomodocunque consideratum, secundum quam considerationem, si quis de facto reciperet hominem liberum in pignus, perderet debitum, & tantundem soluere teneretur *Panormitanus in c. latro de pign.*, & ille deberet relaxari *Siluester verb. pignus nu. 3.* per iura ab eodem allegata. Ad id, quod subditur de redempto ab hostibus per aliquam tertiam personam, dici potest in primis, quod ex eo, quod sit in manibus hostium iure belli sit seruus, adeoque non simpliciter liber. Deinde ex hoc non consurgit aliquod ius pignoris, sed ad summum detentionis secundum *glosam in c. vt pridem §. item eiusdem 23. qu. vlt.*, *& in c. exposita de arbitris*, quod etiam verificatur in obside *Siluester verb. pignus qu. 3. n. 3.*

Prohibitiones pignorandi homines liberos.

Liber nō potest se vendere, nec à Patre vendi nisi positis sex cōditionibus.

Enumerantur conditiones ad hoc requisitæ.

Secundò cadere nequeunt sub hypotheca bona quæcunque immobilia Ecclesiastica, seu etiam mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt, nisi attenta iusta causa necessitatis, & euidentis vtilitatis, & debitis solemnitatibus, prout præscribitur *in extrauag. Pauli II. Incip. Ambitiosæ de reb. Eccl. non alien.*, quinimmò nec aliqua hypothecari possunt, nisi vrgente grauissima causa, vt est redemptio captiuorum, sustentatio pauperum, aliæque huiusmodi causæ necessariæ, huiusmodi sunt vasa sacra, vestimenta, aliaque ornamenta &c.

Nec bona immobilia Ecclesiastica.

Tertiò cadere nequeunt sub hypotheca generali instrumenta aratoria, boues aratorij, & serui ad huiusmodi munera deputati, si sint necessaria *l. executores 7., & ibi Glos., & Baldus, C. quæ res pig. oblig. possess.*, vbi sic legitur. *Executores seruos aratores,* 29

boues

boues aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris causa non abstrahant, quod idem statuitur *in l. seq.*, *& l. agricoltores, C. eod. tit.*, & licet aliqui hoc intelligant solummodò de pignore prætorio, extendendum tamen asserit *Molina disp.530. §. leg. executores, Gregorius Lopez l.4. tit.13. part.5.* ad pignus etiam conuentionale, atque non solum de iure municipali alicuius Regni, sed etiam de iure communi. Sed, an cadere possint sub hypotheca conuentionali speciali, & expressa, dubium est inter Doctores, nam, ex quo præallegata iura inducta sunt in fauorem publicæ annonæ, & agricolarum, non videtur quis specialitèr posse contra ea venire, cum etiam eisdem

30 faueat sacra scriptura *Iob.31.* Nihilominus, cum quis possit specialitèr illa vendere, & alienare, non video etiam, cur non possit etiam specialitèr obligare; Quamobrem ad id, quod ex aduerso affertur ex allegatis iuribus, dicendum est, iura voluisse quidem indemnitati agricolarum, & annonæ vtilitati consulere quoad ea, quæ ex Prætoris decreto, vel ex conuentione in genere prouenire possunt, non quoad ea, quæ oriuntur ex specialibus pactis in conuentionibus per quæ non prohibentur huiusmodi alienari, atque sic sentit *Franciscus Balduinus de pign., & hypoth. d. c. 11.*

Possunt cadere sub speciali expressa.

31 Quarto nec cadere posse videtur sub hypotheca res litigiosas iuxtà textum *in l. 3. ff. de litigios.*, vbi sic legitur. *Lite pendente actiones, quæ in iudicium deductæ sunt, vel res, pro quibus actor à reo detentis intendit in coniunctam personam, vel extraneam donationibus, vel emptionibus, vel quibuscunq; alijs contractibus minimè transferri ab eodem actore liceat*, quod idem habetur *in l. 1. §. quid ergo si prædium ff. eodem*, vbi Bartolus, sic habet. *Sicut res litigiosa non potest alienari, ità nec pignori dari*, atque ità sentiunt *Negusantius de pignor. part.2. membr.3. num.46.*, *Vusemb. tit. quæ res pign. num. 2.*, *& alij communitèr*.

32 Quintò, nec cadere posse videntur sub hypotheca seruitutes, siue vrbanorum, siue rusticorum prædiorum, quidquid in contrarium quoad seruitutes rusticorum senserint aliqui *in l. si is, §. vsusfructus, ff. de pign.* ea moti ratione, quod legislator in eo textu nominatim exceperit solummodò seruitutes vrbanorum prædiorum, ex quo deducitur, quod aliud senserit quoad seruitutes rusticorum, quod etiam ex eo confirmat, quod Paulus I. C. loquens per aduersatiuam de seruitutibus rusticorum inquirit, an in his locum habeat pignorum conuentio, quæ certè aduersatiua per particulam *præsertim* connotat diuersum esse ius, quoad prædia rustica, ac quoad vrbana. Nihilominus cum *in d.l. si is, qui §. vsusfructus, ff. de pignoribus*, fiat exceptio quoad seruitutes vrbanorum, nec specialis sit ratio, cur in tali exceptione nō debeant etiam includi seruitutes rusticorum, non video, cur eadem lege non debeant comprehendi; ius etenim, quod eximit seruitutes vrbanorum prędiorum ab hypotheca, in eo fundatur, quod seruitus vrbanorum prædiorum prædijs eisdem cohæret, nec potest quandiù prædia apud debitorem manent in alium transferri, vt ea vtatur, quia non personæ est, sed prædij, & vtique debitoris, a quo separari non potest *l. via, l. onus, ff. de seruit. rusticor. præd.*, sed hoc idem militat in seruitutibus rusticorum prædiorum, ergo &c. Neque aduersantur ea, quæ ex aduerso afferebantur, quandoquidem, quod legislator mentionem in tali exceptione expressè fecerit de vrbanis prædijs, & non de rusticis, non per hoc voluit diuersum inferre iudicium inter eas, sed vnum dixit, aliud non negauit, fortè, quia tenuit implicitè in illo comprehendi propter paritatem rationis. Ad illud, quod de aduersatiua subditur, dicendum est, eandem illuc non collimare, vt euincat seruitutes vrbanorum prædiorum à seruitutibus rusticorum separari, sed vt euincat, ipsa quoque iura, quæ in alienis prædijs nobis debentur pignori dari non posse.

Eadem est ratio, idemque iudicium de Vrbanis, ac de rusticis prædijs.

Seruitutes vrbanorum prædiorū prædijs ipsis inhærent.

Aduersatiua non separat seruitutes vrbanorū prædiorū à seruitutibus rusticorum.

33 Assertio VIII. Regularitèr alia omnia priuatorum bona, siue fuerint mobilia, siue immobilia, siue corporea, cuiusmodi sunt prædia, siue incorporea, cuiusmodi sunt iura, reditus, &c. siue præsentia, siue futura cadere possunt sub hypotheca, præsertim conuentionali, nisi lex aliqua obsistat, si sit sub dominio, & administratione hypothecantis. Ità expressè *Lessius lib. 2. de iust., & iure c. 28. de hypotheca, & pign. dub.7. n.42.* Ratio est, quia hæc omnia sunt alienabilia etiam contractu oneroso, pretio æstimabilia, sub dominio, & potestate alienantis, & hypothecantis, ergo, si nulla lex obsistat, poterunt per Dominum habentem plenum dominium, & administrationem obligari.

34 Difficultas videtur solummodò consistere posse quoad bona futura; pro qua dico in primis, quod si quis agrum, vel aliam rem fructiferam oppignorauit, intelliguntur etiam oppignorari fructus sati ab oppignorante, & ab eodem fundo fructifero pendentes, *l. quamuis 3. C. ex quib. caus. pig.*, *vel hypoth. tac. contra.*, *& l. potior. 11. §. si de futura ff. qui pot. in pig.* Hic tamen aduerte, quod, si dominus, qui oppignorauit fundum fructiferum, eundem fundum postea per venditionem alienauerit, & emptor fructus seminauerit, & perceperit, non possit creditor, qui habuit illorum fundum obligatum agere hypothecaria ad illos fructus satos, & iam perceptos per emptorem, benè tamen ad fructus pendentes, & solo in-

hæ-

35 hærentes, quia tunc vnum constituunt cum solo, *l. si fundus 16. §. in vendicatione, ff. de pign.* Si tamen illi fructus fuissent percepti non ab emptore, sed ab hærede oppignorantis, non video, cur creditor ad illos non posset agere, *l. Paulus 29. §. si mancipia, ff. de pign. Molina disp. 529., Siluester verb. pign. num. 2., & 3.*

Potest agere ad fructus pendétes.

36

37 Dico etiam, quod bona, quæ pignorans non habet in sua potestate, tunc quandò obligat, sed rationabilitèr sperat, se habiturum, possunt cadere sub hypotheca, & eueniente casu acquisitionis illorum facta priori illa conuentione de facto subijciuntur hypothecæ. Ratio est, quia illa spes futuri dominij est secundum se pretio æstimabilis, & vtique vendibilis per ea, quæ habita sunt *tom. 1. sub tit. Contractus secundo de emp. & vendit. Disq. 1. §. 1. per totum*, ergo etiam erit obligabilis alteri, adeò vt, si effectus sequatur acquisitionis, de facto remaneat obligata. Rursus in hypotheca generali omnium bonorum veniunt non solum bona præsentia, sed etiam futura, & nomina etiã debitorum per ea, quę supra insinuata sunt, ergo bona futura, qua futura sunt, possunt præcipuè ex speciali conuentione obligatione hypothecaria affici; non enim video, cur, si simul cum alijs bonis possint subijci, non possint etiam subijci secundum se.

Illa bona futura, seu spes proxima ipsorum est vendibilis.

38 Dico vlteriùs, quod res, seu bona etiam aliena, si de futuro fiant obligantis, possint cadere sub hypotheca. Hoc potissimum duobus modis potest contingere; primò, si obligans obliget sub ea conditione, si res illa, quam obligat, fiat sua. Secundò, si obligans obliget absolutè sine vlla conditione, & postea inducta illa obligatione, rem illam quoad absolutum dominium acquirat. Si primo modo contingat, purificata conditione, quod scilicet res illa efficiatur debitoris, valebit obligatio, *l. si fundus, §. aliena, ff. de pign., & not., Glos., & Bartolus in l. 1. §. 1. ff. eod.* Si secundò modo res

Purificata conditione valet obligatio.

39 procedat, tunc distinguunt Doctores; vel enim, quando debitor obligauit rem alienam, creditor conscius erat alienitatis rei, vel omninò inscius; Si inscius, asserunt, quod superueniente dominio debitori in tali re post obligationem in ipsa factam cõfirmetur obligatio, & ex ea detur creditori vtilis hypothecaria, per textum *in l. rem alienam, ff. de pign. action., Bartolus, & Glos. in d. l. 1. §. 1. ff. de pign.* Si verò conscius, docent, quod non confirmetur per superueniens dominium obligatio ad effectum, vt possit agere hypothecaria vtili, sed ad summum ad effectum dandi ei retentionem eiusdem rei, si eam possideret, per textum *in d. l. 1. §. 1., & ibi Glosa, & Bartolus, ff. de pign.* Rationem diuersitatis inter creditorem scientem, & ignorantem in hac hypothesi assignat *Bartolus in d. l. rem alienam in prima col. in 2. opp. ff. de pign. act.* in eo consistere, quod, quando creditor est conscius alienitatis rei sibi per debitorem obligatæ, debitor non tenetur ei contraria pignoratitia, sed benè ei tenetur, quando creditor fuit ignorans, *l. tutor, §. contrariam, ff. de pignoratitia actione.*

Discrimen inter creditorem scientem & ignorantem.

Ab hac regula de obligatione rei futuræ excipiendus est casus præmiorum futurorum pro coronis athletis, iuxtà textum *in l. spem eorum, C. quæ res pign. oblig. pos.*, vbi dicitur, *Credo, ne adempta spe ijs præmijs potiundi, quæ iam multo ante obligata esset, & ad illum post reditura athletis virtus, & alacritas remitteretur ad animosè, & fortitèr certandum, quæ præcipuè præmijs propositis accenditur.* Hic tamen aduerte, quod commoda, quæ eo nomine præstantur, pignori capi possint, prout commendatum reliquit *Papinianus sub tit. de re iudicata*, in hæc verba. *Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur condemnato, placuit interdici, & eam pecuniam iure pignoris in causam iudicati capi.* 40

Præmia futura pro coronis atletis non cadunt sub hypotheca.

Assertio IX. Finis hypothecæ, siue conuentionalis, siue legalis est securitas creditoris. In hoc omnes conueniunt, nec est, cur in hoc diutius immoremur; hæc etenim firmat contractum, magisque firmat quoad ius reale obligationem debitoris.

PRÆNOTIO X.

De Pignore Prætorio, & iudiciali, & conuentionali.

SVMMARIVM.

Immissus in possessionem ex primo decreto non potest compellere eum, aduersus quem facta est immissio, vt exeat à possessione, nisi Iudex ex aliqua causa decerneret alitèr, ne partes ad arma veniant. 1.

Assignantur tres causæ, ob quas quis mitti potest in possessionem ex primo decreto. 2.

Debitor, si post immissionem in possessionem creditoris ex contumacia copiam sui non fecerit intrà certum tempus, potest Iudex immittere ex secundo decreto. 3.

Creditor immissus ex secundo decreto fit immediatè possessor rei, in quam immissus est. 4

Pignus prætorium vim non habet, nisi per immissionem. 5.

Primum decretum de immittendo, si creditor fuerit præsens, & fuerit negligens in apprehendendo, cum potuerit, expirat per biennium. 6.

Immissio in possessionem ex primo decreto ex vi pignoris prætorij afficit, vt creditor sit tutus de suo credito, quousque per plenam causæ cognitionem definitiuè lis terminetur, & vt creditor immissus possit agere aduersus quemcunque tertium possessorem. 7.

Immissus in personali nullum prætendit ius in bonis debitoris, sed solum habet personam debitoris obligatam. 8.

Immissus in personali non possidet, nec reuocabilitèr, nec irreuocabilitèr, immissus verò in reali ante annum quasi possidet reuocabilitèr, post annum irreuocabilitèr. 9.

Immisso vno creditore in possessionem ex primo decreto seruatis certis qualitatibus censentur reliqui immissi. 10.

Immissus ex primo decreto, quamuis posteà suum creditum consequatur, non nocet alteri, & quomodo. 11.

Immissus ex primo decreto non debet cæteris creditoribus præferri, sed seruatur ordo prioritatis, & posterioritatis. 12.

Immissus etiam intelligitur, quamuis non inueniat quid possideat, & quid in hoc casu operetur immissio. 13.

Immisso vno ex secundo decreto non intelliguntur cæteri immissi. 14.

Immissus ex causa onerosa præferendus est cæteris ex causa lucratiua. 15.

Immisso vno ex actione hypothecaria non intelliguntur immissi alij creditores non habentes hypothecam. 16.

Immissio, & decretum potest interponi in fauorem creditoris, etiam in nominibus debitorum sui debitoris. 17.

Assignatur modus, quo fieri debet immissio in nominibus debitorum. 18.

Executio facta vigore sententiæ, seu rei iudicatæ per primum decretum non reuocatur per satisdationem de iudicio sisti, sicuti reuocatur primum decretum in contumacia interpositum, sed debet fieri actualis solutio, & per hoc potissimum contradistinguitur pignus iudiciale à prætorio. 19.

Executio facta vigore instrumenti habentis vim sententiæ inducta ex primo decreto non est reuocabilis per solutionem expensarum, & satisdationis prædictæ, sed dumtaxat per actualem solutionem debiti, seu eius, in quo debitor fuit condemnatus. 20.

DIscrimen, quod intercedit inter pignus Prætorium, & Iudiciale, latè attigimus sub hoc eodem titulo *Contractus XI. Pranot. 2. in princip.* Nunc in primis ante omnia attingenda sunt ea, in quibus conueniant, & in quibus differant pignus prætorium, & conuentionale, vt dignoscatur, quænam sint communia vtrique, & quæ singulis singularia. Conueniunt igitur in eo, quo pro vtroque conceditur actio hypothecaria *l. 1., & 2. C. de Prat. pign.*, secundò conueniunt in eo, quod vtrumque habere potest pignoratitiam directam saltem, quantum est ex parte debitoris; sicuti enim in conuentionali satisfacto priori debito principali, debitor pignoratitia directè agit ad repetendum pignus, *vt in tot. tit. ff. & C. de pign. act.*, ità in prætorio soluto debito competit debitori actio pignoratitia ad recuperandum pignus suum *l. si is cui §. quari potest, ff. vt in pos. leg., Bartolus in l. 1. ff. de pign. act.* Differunt verò in eo, quod pignus conuentionale solo consensu constituitur *l. 1. ff. de pign. act.* prætorium verò pignus requirit actualem immissionem, *l. non est mirum, ff. eod.* dummodò tamen talis immissio non impediatur, quia tunc pignus prætorium causatur solo aspectu *textus in l. cum vnus, §. fin. ff. de bo. aut. Iud. pos., Alexander in l. 1. in princip. vlt. col. ff. de acqu. pos., Bartolus in l. 1. ff. de pign. act.* Differunt secundò in eo, quod in pignore conuentionali creditor habet naturalem, & ciuilem possessionem, intellige tamen facta traditione, *Bartolus in l. 1. ff. de pign. act., Glosa in l. si is cui, §. quari potest, ff. vt in pos. leg.* in pignore verò prętorio nullam creditor acquirit possessionem *l. 3. §. creditor. ff. si vti possid.* Differunt tertiò in eo, quod in conuentionali pignore, seu hypotheca competit creditori interdictum possessorium vtile scilicet, vti possidetis; non sic autem in prætorio, quia tale interdictum conceditur dumtaxat possessori, qui est creditor in pignore conuentionali supposita traditione, non sic crederori in pignore prætorio. Differunt quartò in eo, quod creditor in pignore conuentionali tenetur etiam de culpa leui; in prætorio verò solum de dolo, & culpa lata *l. Prætor §. est pręterea, ff. de bon. auct. Iud. pos., Bartolus in l. si finita, §. si quis damni, ff. de damn. infect.*, & quod specialitèr in pignore conuentionali teneatur creditor etiam de leui habetur *in §. creditor quoque Instit. quib. mod. re. contr. oblat., & in l. sicut, & ibi Glos., & Baldus, C. de pign., & in l. cum venderet, §. fin., & ibi Glosa, ff. de pign. act., Decius in l. contractus num. 27. ff. de reg. iuris.* Differunt quintò in eo, quod in pignore prætorio æquè constitui possunt bona minorum, ac aliorum, non sic in pignore conuentionali *Bartolus, & Glosa in l. 1. ff. de pignor. act.*, & quidem, quod in bonis minorum æquè constitui possit pignus prætorium, ac in bonis maiorum habetur *in l. apud Iulianum §. 1. ff. ex quibus caus. in pos. ea., & l. si minor, ff. de bon. aut. Iud. pos.* Differunt sextò in eo, quod in pignore conuentionali non agit creditor aduersus tertios possessores dicti pignoris, nisi excuso principali *auth. hoc si debitor, C. de pign.* in prætorio verò agere potest immediatè in possessores tertios actione in factum *Baldus in l. 1. in 2. col. C. de ijs, quæ in fraud. credit.*, secum eodem decreto, quo creditor immissus est, eodem debeat tueri *l. si quis missum, ff. ne vis fiat, Alexander in Apost. ad Bartolum in dict. l. 1 ff. de pignor. act., Iason. in l. creditor, qui non idoneum, ff. si cert. petatur.* Differunt septimò in eo, quod in pignore conuentionali

Conuenientia inter pignus prętorium, & iudiciale.

Differentia inter pignus prętoriũ, & cõuentionale.

In conuentionali creditor tenetur de culpa leui, in prætorio solum de dolo, & culpa lata.

In conuentionali non agit creditor cõtra tertios possessores, nisi excusso principali, secus in prætorio

nali agitur per debitorem de damno dato aduersus creditorem pignoratitia contraria *l. seruum, ff. de pignoribus*, quod tamen ex Glosa *in d.l.1. verb. forte*, non ità certum est, licet ex aliorum communi placito soluto debito concedatur eidem debitori vtilis pignoratitia aduersus creditorem ad recuperandum pignus, & vtique integrum *l. si cui, §. quæ si potest, ff. vt in possess. leg.* Reliqua omnia, in quibus huiusmodi pignora differunt, vide apud Doctores, & præcipuè apud *Negusantium de pign. memb. 2. 3. partis à nu. 29. ad finem*.

Rationes dubitãdi, circa pignus prætorium.

Supposita iam huiusmodi conuenientia, & disconuenientia inter huiusmodi pignora, me confero ad examinandas controuersias, quæ circa pignus prætorium, & conuentionale emergere possunt, & primò examinabitur, an immissio in possessionem ex primo decreto, quæ conceditur per pignus prætorium, tribuat ius immisso compellendi eum, aduersus quem facta fuit immissio, vt exeat à possessione. Secundò, quemnam præcipuè effectum inducat pignus prætorium. Tertiò, quomodo immissio in personalem actionem differat ab immissione in realem. Quartò, an immisso vno creditore in possessionem cæteri censeantur immissi. Quintò, an immissio, & decretum possint in nominibus debitorum, & actionibus interponi, atque hæc in ordine ad pignus prætorium.

Rationes dubitãdi, circa pignus iudiciale.

In ordine verò ad pignus iudiciale, hæc controuertentur; & primò, an executio facta vigore sententiæ per primum decretum reuocetur per satisdationem de iudicio sisti, sicuti reuocatur primum decretum in contumacia interpositum. Secundò, an executio facta vigore instrumenti habentis vim sententiæ reuocetur etiam non soluto debito. Pro quo aduertendum est, hoc esse inter cætera discrimen inter pignus prætorium, & iudiciale, quod illud est, quandò nulla præcedente sententia Iudex immittit creditorem in possessionem ex primo decreto; iudiciale, cum ex sententia præcedente, vel re iudicata Iudex ex primo decreto immittit. His suppositis sit

1 Assertio I. Immissus in possessionem ex primo decreto non potest compellere eum, aduersus quem facta fuit immissio, vt exeat à possessione, nisi Iudex ex aliqua causa decerneret aliter, ne partes ad arma veniant, vel ob aliquod simile. *Negusantius de pign. memb. 2. part. 3. num. 2., Bartolus l. si finita, §. si quis autem, ff. de damn. infect.* Procedit assertio in hypothesi, qua res, in qua creditor dicitur immissus, esset immobilis, nam, si illa esset mobilis, deberet creditori assignari, nulloque modo remanere apud debitorem per textum *in l. is cui §. qui legatorum vers. in cæteris, ff. vt in poss. leg.*, nisi ipse creditor esset persona suspecta, quia tunc

Intellige de re immobili, vel etiam de mobili, si creditor esset persona suspecta.

deberet sequestrari apud tertiam personam securam per textum *in l. si fideiussor in fin. ff. qui satisd. cog.*, *Baldus in auth. ei qui col. 16. vers. quæro vtrum missus in pos. rei mob. C. de bon. auct. iud. posid.*

Potissimum euincitur assertio *ex l. si finita, §. si quis autem, ff. de damn. infect.*, vbi sic legitur. *Si quis autem in possessionem missus nondum possidere iussus sit, an dominus decedere de possessione debeat, videamus. Et ait Labeo non decedere, sicuti, nec cum creditores, vel legatarij mittuntur, id, quod est verius*, quod idem planissimis verbis confirmat, & explicat *Glos. ibidem*. Ex quo aduerte, aliud esse ex primo decreto mitti in possessionem, aliud iuberi possidere, quod colligitur ex illis verbis. *Si quis in possessionem missus*, dum postea subditur, nondum possidere iussus sit. Pro quo scias, mitti in possessionem ex primo decreto nihil aliud importare, quam quod immissus habeat curam rei, in qua est facta immissio, vt locet, & percipiat fructus, vt notat *Negusantius d. memb. 2. part. 3. num. 2., & Bartolus in l. in venditione, §. 1. ff. de bon. auth. iud. pos.* per textum *in d. l. si finita, §. si quis autem, ff. de dam. infect.*

Aliud est ex primo decreto mitti in possessionẽ, aliud iuberi possidere

Hic pro pleniori notitia huius assertionis nonnulla notanda sunt, & primò notatur, ob quas causas quis mitti potest in possessionem ex primo decreto. Circà quod extat textus *in l. 1. ff. quib. ex caus. in pos. eatur*, vbi tres enumerantur per illa verba. *Tres ferè causæ sunt, ex quibus in possessionem mitti solet, rei seruandæ causa, item seruandorum legatorum gratia, & ventris nomine. Damni enim infecti nomine, si non caueatur, non vniuersorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur.* Rursus *in l. seq. ff. eod. tit.* alia assignatur causa, ob quam quis mittitur, scilicet si conuentus fideiussores non dederit iudicio sistendi causa, & copiam sui non fecerit, & non defendatur, tunc etenim prætor iubebit in bonis eius mitti aduersarium. Rursus *in l. in possess. ff. eod. tit.* dicitur, quod, si legatarij, quibus legata est pecunia sub cõditione, volunt mitti in possessionem bonorum hæredis ex eo, quod hæres non cauebat de danda pecunia legata adueniente conditione, sint audiendi, & immittendi. Reliquas causas, ob quas immitti potest quis in possessionem ex primo decreto vide *in toto tit. ff. quib. ex caus. in possess. eatur, & in seqq. ff. de bon. auth. iud. pos.*, non enim ipsarum quæstio propria istius loci est. Hic solum aliquid dicendum est de causa finali, propter quam interuenientibus illis causis, de quibus mox diximus, alijsque similibus, fiat solummodò immissio ex primo decreto, non concedatur formalis possessio per sententiam; dicendum igitur est, hoc ex eo prouenire, quod non fit cum cognitione causæ, sed per Iu-

2

Immittitur rei seruandę causa, seruandorum legatorũ gratia, & ventris nomine.

Immittendi sũt legatarij, si hęres nõ cauerit de danda pecunia legata.

Immissio non fit cũ cognitione causæ, sed per Iudicem in contumaciã rei ex primo decreto. dicem in contumacia rei ex primo decreto, *l. non est mirum, & ibi Bartolus, ff. de pignor. act*, vndè etiam in iure talis immissio dicitur antiphona, quasi quod sit quædam preparatio ad secundum decretum, vel ad possessionem formalem *l. si is, qui bona, & ibi Glos., & Bartolus, §. si antiphona, ff. de pign.*

Notandum secundò, quod, si debitor post immissionem creditoris ex primo decreto ex contumacia copiam sui intra certum tempus non fecerit, vel non defenderit,

3 In contumaciam potest deuenire ad secundũ decretum. possit Iudex, seu Pretor deuenire ad secundum decretum, seu immittere ex secundo decreto, vt colligi videtur *ex l. 1., & 2., ff. quib. ex caus. in possess. eatur*. Sed statim hic oritur ratio dubitandi, an creditor immissus ex secundo decreto immediatè fiat possessor rei, in quam immissus est; cui respondendum est affirmatiuè, adeo vt, si ille,

4 aduersus quem creditor fuit immissus, sit Dominus, etiam immissus efficiatur dominus, si autem non erat dominus, immissus incipiet præscribere *Bartolus in l. si finita, §. Iulianus, ff. de damn. infect., Baldus in l. possess. C. de bon. auth. Iud. pos.*, non potest autem præscribere, nec incipere præscriptionem sine possessione rei, quam intendit, seu incipit præscribere. Sed, an tunc incipiet præ-

Præscriptio non potest esse sine possessione. scribi dominium etiam directum, an verò tantum vtile, *Baldus loc. cit.*, videtur asserere præscribi vtrumque dominium per textum *in l. si finita, §. si de vectigalibus, ff. de damn. infect.*, vbi ponderando verb. *Dominium* asserit, quod appellatione eiusdem veniat directum *l. 1. §., qui in perpetuum, ff. si ager vectig., vel emphyt. pet.* Nihilominus sentiendum est, incipere præscriptionem quoad dominium tantum vtile per textum *in l. si finita, §. Iulianus, ff. de damn. infect.*, vbi *glos. in verbo dominium* explicat intelligendo dumtaxat de vtili, nec incõgrua sanè ratione, quandoquidẽ in materia præscriptionis longo tempore dominium intelligitur de vtili, *Glosa, Doctores in auth. nisi tricennale, C. de bon. mat. in l. 2. ff. de vsucap., Alexander in l. traditionibus, C. de pactis*.

5 Impeditus ingredi gaudet pignore prætorio solo aspectu. Notandum tertiò, quod pignus prætorium vim non habet, nisi supposita immissione, quod tamen intellige, quando immissus, seu tenutarius potest ingredi, *l. non est mirum, ff. de pign. act.* Quod, si iustè impediatur ingredi creditor ex primo decreto, tunc gaudet pignore pretorio ex solo aspectu *l. cum vnus, §. fin. ff. de bon. auth. iud. possid., & l. 1. in princip. vlt. col. in verf., sed quid, si executor, & ibi Alexander, ff. de acq. possess., Bartolus in l. si finita, §. illud quæritur, ff. de damn. infect.*

6 Notandum quartò, primum decretum de immittendo, si creditor fuerit præsens, & habeat facultatem apprehendendi tenutam, & fuerit negligens in apprehendendo, expiret per biennium, si verò fuerit absens, nonnisi per quadriennium *l. fin. in princip., C. de bon. auth. iud. pos., Angelus in d. l. si finita, §. si quis metu, ff. de damn. infect.* Expirat per biennium, si creditor fuerit præsens per quadrienniũ, si fuerit absens. quidquid alij in contrarium dixerint, quod scilicet ius illud apprehendendi rem ex primo decreto, si fiat in persona propria, durat in perpetuum.

Assertio II. Effectus, quos præcipuè causat immissio in possessionem ex primo decreto ex vi pignoris prætorij, sunt potissimum, vt creditor tutus sit de suo credito,

7 Effectus immissionis ex primo decreto. quousque per plenam causæ cognitionem definitiuè lis terminetur, & vt creditor post immissionem possit agere aduersus quemcunque tertium possessorem, ad cuius manus res, in qua immissus fuerit, deuenerit. Quoad primam partem communis est apud omnes, quos viderim, quoad secundam *Bartolus, & Paulus de Castro in l. non est mirum, ff. de pign. act., Angel. de Aret. §. item si quis in fraudem instit. col. 2. de act., Negusantius de pign. d. membr. 2. part. tertiæ num. 5.*

Immissus ex primo decreto habet curam, & custodiã rei. Prima pars ex eo facilè liquet, quod dicitur, quod creditor immissus ex primo decreto habeat curam, & custodiam rei, in quam dicitur immissus, vt locet, & percipiat fructus *Bartolus in l. in venditione, §. 1. ff. de bon. auth. Iud. possid.* per textum *in l. si finita, § si quis autem, ff. de damn. infect.* Adde textum *in l. 1. ff. quibus ex caus. in possess. eatur*, vbi dicitur, *quod damni infecti nomine, si non caueatur, non vniuersorum nomine fit immissio, sed rei tantum, de qua damnum teneretur*, ergo, si est ad euitandum damnum quod timetur, ideò conceditur tale decretum, seu pignus prætorium, vt creditor sit

Iura euincentia intentum. tutus; Hoc idem habetur *in l. cum legati, ff. eod. tit.*, vbi dicitur, quod per tale decretum non possideamus, *sed magis custodiam rerum, & obseruationem nobis concedit*.

Deducitur ex paritate pignoris conuentionalis. Secunda pars, ex eo facilè deducitur, quod, sicuti in pignore conuentionali datur creditori hypothecaria per ea, quæ latè superiùs dicta sunt, ita & in pignore prætorio, licet à principio ante immissionem eidem non competeret *l. non est mirum, & ibi Bartolus, & Paulus de Castro, ff. de pign. act.*, & sicuti creditor ex pignore conuentionali potest agere aduersus quemcunque tertium possessorem, ita non est, cur etiam ex prætorio, si actu fuerit immissus, non possit contra eundem agere, qui certè tertius possessor non diceretur propriè possidere, sed ad summum esse in possessione, seu detentione, & occupatione *l. quis ante, ff. de acquir. possess.*, hocque expressè sustinet *Corneus cons. 137. licet multorum in 3. vol. litt. C.*

Assertio III. Immissio ex primo decreto in actionem personalem in multis differt ab immissione in realem, & in quibus. Explico singula discrimina.

Dif.

Differt primò in eo, quod immissus in personali nullum prætendit ius in bonis debitoris, sed solum habet personam debitoris obligatam, §. 1. *instit. de act.*, immissus verò in reali agens dicitur habere aliquod ius in bonis, in quibus dicitur immissus, quatenus scilicet acquirit custodiam rei, & ex illa percipit fructus &c. *Speculator in tit. de primo, & secundo decreto §. iam de effectu vers. quæ est ratio, Cuman., & Iason. in l. 3. §. fin. col. 5. vers. 2. conclusio est, ff. de acq. possess.*

9 Differt secundò in eo, quod immissus in personali non possidet, nec reuocabilitèr, nec irreuocabilitèr; immissus verò in reali ante annum quasi possidet reuocabilitèr, post annum verò irreuocabilitèr, vt latè Doctores, & *Alexander in dict. l. si finita, §. Iulianus, ff. de damn. infect.* Reliqua quoad huiusmodi differentias vide apud Doctores, & præcipuè *apud Negusantium tract. de pignor. memb. 2. part. 3. n. 7., & seq.*

10 Assertio IV. Immisso vno creditore in possessionem ex primo decreto seruatis aliquibus conditionibus, & qualitatibus censentur reliqui immissi *Negusantius d. memb. 2. part. 3. num. 10.*, cum alijs pluribus ab eodem relatis.

Colligitur expressè *ex l. cum vnus in princip., & ibi Glosa, & Bartolus, ff. de bon. auth. Iud. possed.*, vbi expressè sic legitur. *Cum vnus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, quæritur, vtrum solus is, qui petit, possidere possit, an cum vnus petit, & prætor permiserit omnibus creditoribus aditus sit? Et commodius, dicitur, cum prætor permiserit non tàm personæ solius petentis, quam alijs creditoribus, & in rem permissum videri, quod & Labeo putat*, ibique soluitur etiam obiectum quoddam, quod posset opponi per considerationem, quod persona libera alteri non acquirat, sed sibi solum, dum dicitur. *Nec videbitur libera persona acquirere alij, quia nec sibi quidquam acquirit, sed aliquid ex ordine facit, & ideò cæteris quoque prodest.* (Iura, quibus innititur assertio.)

11 Amplia assertionem primò, vt quantumuis immissus consequatur posteà suum creditum, non noceat alijs, quin possit vendere bona eius, aduersus quem immissus est, vt benè notat *Glosa in d. l. cum vnus in princip., & ibi etiam Acursius.*

12 Amplia secundò, vt vno immisso non solum intelligantur cæteri immissi, sed ipse etiam immissus non debeat cæteris creditoribus præferri non alitèr considerato ordine immissionis, sed æquè primò secundum sua sua prioritatis, & posterioritatis concurrant, *Bartolus, & Salicetus in l. 2. C. qui pot. in pign. hab.*, & habetur etiam *in l. si finita, §. si plures, ff. de damn. infect.*, nec obesse potest textus *in l. si decreto, C. qui pot. in pign. hab., & in l. si postquam, C. vt in pos. leg.* quibus videtur dici, quod primò missus præferatur, non, inquam, obesse potest, quia in primis, vt benè notat *Glosa in d. l. si vnus in verb. ex creditoribus, ff. de bon. auct. Iud. possid.* textus illi *in l. si decreto, & in l. si postquam* procedunt, quando ex diuerso tit. creditores agunt, vt puta, si vnus procedat ex testamento, alter ex contractu; non sic quando ex eodem titulo. Deinde procedunt, quando quis immissus est ex secundo decreto, qui certè præferendus est illi, qui solum immissus est ex primo. (Iura, quæ videntur importare prioritatem respectu immissi procedūt de immisso ex secundo decreto.)

Amplia tertiò, quod vno creditore immisso cæteri etiam intelliguntur immissi, si missus possidere non inueniat quid possideat, vel ex eo, quod prædium debitoris est inundatum, vel ab hostibus occupatum, hoc expressè habetur *in l. quamuis, ff. de bonis auth. Iud. possid.*, vbi sic habetur. *Quamuis bona possessa non sint, quia nihil fortè fuerit, quod possideatur, aut sine controuersia non possideatur, creditor tamen, qui in possessionem missus est, perindè habetur, ac si etiam bona possessa fuissent*, & hoc intelligitur fictione iuris, vt, si bona debitoris postea appareant, intret possessionem earum sine noua Iudicis auctoritate. 13 (Immissio operatur vt si bona debitoris posteà appareāt intret possessionem earū sine nouo decreto.)

Limita primò, vt dicta regula non procedat, quando quis immissus est ex secundo decreto, quia immissio facta de vno creditore ex secundo decreto non prodest alijs creditoribus *Glosa in d. c. cum vnus in princip.* allegato textu *in l. Fulcinius, §. illud in fine, ff. ex quib. caus. in possessionem eatur, Salicetus in d. l. fin. in princip. in vltim. qu. C. de bon. auth. iud. possid.* 14

Limita secundò, vt non procedat, quandò immissus prætendit actionem ex causa onerosa, reliqui verò ex causa lucratiua, nam tunc præferendus est immissus ex causa onerosa *Glosa in d. l. cum vnus* per textum *in l. is cui, §. si plures, ff. vt in possess. leg. Dinus in reg. qui prior de reg. iuris in sexto.* Neque in hoc audiendus est Bartolus, qui ex vno capite asserit, quod textus *in d. l. cum vnus* generalitèr, & indistinctè loquatur, ac proindè indistinctè, & sine limitatione sit intelligendus, ex alio asserit nullam legem inuenisse, quæ ponat talem distinctionem. Non, inquam, audiendus est, quandoquidem *in l. is cui, §. si plures, ff. vt in possess. leg.*, textus ponit differentiam inter creditores, & legatarios, & similitèr ex causa quasi lucratiua, & ex causa noxali, vel damni infecti, *vt in d. l. si finita, §. si plures, ff. de dam. infect.*, istæ enim causæ censentur quasi lucratiuæ *l. apud celsum, §. auctoris autem, ff. de don. except.* Ratio autem differentiæ in eo consistit, quod fauorabiliores sunt causæ, in quibus agitur de damno, ac sint illæ, in quibus agitur de lucro *l. fin. C. de condit. l. fin. C. de iure deliberandi.* 15 (Proponitur oppositio Bartoli, eaq; dissoluitur.) (Fauorabiliores sunt causæ, in quibus agitur de damno, ac illæ, in quibus agitur de lucro.)

Limita tertiò, vt non procedat, quando immis- 16

immissus intelligitur in actione hypothecaria, quia tunc immissio eiusdem non prodest alijs non prętendentibus hypothecam, *Baldus in auth. ei qui col.4.C.de bon.auth.iud. possid.*, nec incongrua sanè ratione, quia, cum habeat ille actionem hypothecariam supponitur iam habere aliquod ius reale in tali re,& sicuti creditor hypothecarius pręfertur cuicunque alteri non habenti hypothecam, ita &c. Alias restrictiones tu ipsę vide apud Doctores,& præcipuè apud *Negusantium d.memb.2.part.3.num.10 ,& seqq.*

Supponitur habere aliquod ius reale in tali re.

17 Assertio V. Immissio, & decretum potest interponi in fauorem creditoris in nominibus debitorum sui debitoris, *Glosa in l. 1.C.de Præt. pign., Bartolus in l. à D. Pio, §. sic quoque, ff.de re iud., Negusantius de pign. d. memb. 2. part. 3. num. 24.*

Nomina debitorũ computantur inter realia.

Colligitur expressè *in d.l.1.C.de præt.pig.* vbi sic legitur. *Si prætorium pignus quicunque Iudices dandum alicui perspexerint non solum super mobilibus rebus, & immobilibus, sed etiam super actionibus, quæ debitori competent, præcipimus hoc ei licere decernere.* Ratio autem ea est, quia actiones competentes debitori,& nomina debitorum eiusdem computantur inter iura realia eiusdem debitoris, ergo, sicuti Iudex potest immittere in alia iura realia, poterit etiam immittere in nomina debitorum eiusdem debitoris, & in actiones eidem competentes.

18 Hic *Glosa in d.l.1.in verb.decernere, C. de præt.pign.* assignat modum, quo debeat fieri immissio in nominibus debitorum. Asserit igitur, quod instante creditore per Iudicem citari debeat debitor debitoris, qui, si coram eodem confitebitur debitum, tunc Iudex iubebit id esse pignori, & per hoc creditor habet vim quasi immissionis,&ex hac quasi immissione habebit creditor vtilem hypothecariam, *l.à D.Pio, §.sic quoque, & §.sed verum, & §. item, quod dicemus, ff.de re iud.*

Modus, quo fit immissio in nominibus debitorum.

19 Assertio VI. Executio facta vigore sententiæ, seu rei iudicatæ per ipsum decretũ nõ reuocatur per satisdationem de iudicio sisti, sicuti reuocatur primum decretum in contumacia interpositum, sed debet fieri actualis solutio, & per hoc potissimum contradistinguitur pignus iudiciale à prætorio. *Bartolus in l. properandum, §.sin autem reus, C.de iudic., Bartolus in l.consentaneum col. penult.C. quomodo, & quando iud., Alexander in d.l.properandum, § sin autem reus, Negusantius de pign. memb.3. part.3.num.3.*

Ratio huius discriminis ea est, quia per sententiam, seu per rem iam iudicatam acquisiuit ius in re in sui fauorem iudicata,& per illam executionem, quantumuis ex primo decreto factus est plenè Dominus irreuocabilitèr talis rei, nisi pretium sibi actualitèr persoluatur, quamuis enim primum decretum non transferat dominium in immissum, nec propriè, nec in rigore constituat ipsum possessorem, quando tamen in executione respicit sententiam, seu rem iudicatam in vigore illius, licet non ex vi propria, & dominium transfert, & possessionem. Ex quo habes, quod, quando quis in pignore prætorio immissus est ex primo decreto non præcedente re iudicata debitor infrà annum in reali potest recuperare tenutam reficiendo expensas, & cauendo de in iudicio sisti, per textum *in auth.ei qui iurat, C.de bon.auth. iud. possid., & in c. 1.de do., & contum.in 6.* in pignore verò iudiciali, quando creditor immissus est vigore executionis sententiæ, seu rei iudicatæ, quantumuis ex solo primo decreto, debitor non potest recuperare tenutam, licet offerat expensas, & satisdationem de in iudicio sisti, *Bartolus in d.l.properandum, §.sin autem reus, & ibi etiam Baldus, & Salicetus, C. de iud.*, sed ex necessitate, si vult pignus recuperare, debet soluere id, in quo est condemnatus *Alexander in dict.l properandum, §.sin autem reus in prim.col.in verb.in ea ibi perpetuo auditur, & ibi etiam Iason. in vlt. col. in verb.item in quantum, C.de iudic.* cæteroqui non est absolutè audiendus.

Assignatur potissimum discrimẽ inter pignus iudiciale, & prætorium.

Assertio VII. Executio facta vigore instrumenti habentis vim sententiæ inductæ ex primo decreto non est reuocabilis per solutionem expensarum, & satisdationis prædictæ, sed dumtaxat per actualem solutionem debiti, seu eius, in quo debitor fuit condemnatus, *Benedictus de Barzis in tract.guarentigiæ cart.230 col 4., Bartolus in d.l.cum vnus in fin.ff. de bon.auth.iud. possid., Bald.in d.l.consentaneum in 4.col.C.quomodo, & quando iud., Negusantius de pign.3.memb. tertiæ partis num. 4.* 20

Ratio huius assertionis ex eo deducitur, quod pignus, quod capitur vigore instrumenti habentis vim sententiæ, æquiparatur pignori, quod capiatur in vim sententiæ, *Alexander in dict.l.à D. Pio, §. si super rebus ff. de re iudic., Bartolus in d.l.cum vnus in fin. ff.de bon. auth.iud. possid.*, ergo easdem conditiones sortietur, quas sortitur pignus, quod capitur in vim sententiæ. Hoc confirmari potest multis exemplis, & quidem exemplo eorum, qui ex conuentione statuunt inter se, vt eorum priuata scriptura habeat vim litterarum cambij, seu publici instrumenti, quibus, seu cui ex aliquo statuto annexa est hypotheca, quę certè scriptura habet easdem conditiones, & priuilegia, quibus gaudent literæ formales cambij, seu instrumenti per ea, quæ adiudicauit *Excellentissimus Mediolani Senatus sub die vlt. mens. Augusti 1650. in Causa Vigletij, contra Ghislanzonum*, prout refert *Sadarinus respons. 20. num.23.*, & nos etiam retulimus *tom.2.sub tit. Contractus V. de Cambijs II. disq. 3. §. 7. num. 3.*

Pignus, quod capitur, ex vi instrumenti habentis vim sententiæ æquiparatur pignori ex sententia.

PRÆ-

PRÆNOTIO XI.

Quinam potiores in pignore habeantur.

SVMMARIVM.

Creditor habens hypothecam tacitam anteriorem ex genere suo præfertur cuicumque habenti expressam posteriorem. 1.

Non solum habens hypothecam tacitam priorem præfertur, sed etiam ille, qui habet causam à priori. 2.

Prior in tempore quoad hypothecam etiam tacitam non solum præfertur in bonis præsentibus, sed etiam in bonis postea quæsitis. 3.

Prior in tempore non solum præfertur in sorte principali, sed etiam in vsuris licitis, & in omnibus fructibus pignoris. 4.

Prior in hypotheca tacita præfertur habenti posteriorem expressam, quantumuis hic dederit pecuniam mutuam pro mercibus comparandis. 5.

Habens priorem tacitam hypothecam quantumuis generalem non præfertur locatori, quantumuis posteriori quoad inuecta in domo conducta. 6.

Creditor prior cum hypotheca tacita non præfertur posteriori, qui pecuniam mutuauit ad nauim armandam, seu reficiendam. 7.

Habens hypothecam tacitam priorem non præfertur vxori posteriori quoad suam dotem. 8.

Habens priorem tacitam hypothecam non præfertur pupillo in ordine ad rem emptam ex pecunia eiusdem pupilli. 9.

Si tutor emerit pecunia pupilli pupillus habet electionem, vel ad habendam ipsam rem emptam sibi specialitèr hypothecatum, vel ad vindicandam eandem rem actione vtili. 10.

Habens priorem tacitam hypothecam, qui sit locator, in fructibus rei locatæ non præfertur in ordine ad eosdem illi, qui mutuum dedit frumentum pro semine agri. 11.

Creditor anterior ex causa, cui annexa est tacita hypotheca, habeas solummodò instrumentum nudæ confessionis, non præfertur secundo creditori habenti hypothecam cum instrumento veræ numerationis. 12.

Regularitèr habens hypothecam quantumuis posteriorem, siue legalem, siue conuentionalem præfertur cuicunque creditori anteriori non habenti hypothecam, sed tantum personalem. 13.

Habentes hypothecam conuentionalem, vel legalem non præferuntur habentibus pignus prætorium, vel iudiciale, sed inter ipsos seruatur ordo prioritatis, & posterioritatis. 14.

Creditores instrumentarij hypothecarij præferuntur regularitèr alijs creditoribus hypothecarijs non habentibus, nisi priuatam scripturam sui crediti, nisi à tribus testibus probatæ opinionis, & ab ipsis contrahentibus sit subscripta. 15.

Extante statuto, quod scriptura rationum dati, & accepti, quæ continentur in libris mercatorum habentur pro publicis instrumentis habeantque executionem paratam, sicuti instrumenta guarantigiæ, creditor ex illis, si fuerit tempore anterior, præfertur habenti instrumentum. 16.

Si expressè constaret scripturam priuatam esse veram, & habens ius ex illa esset anterior, probabiliùs esset præferendus habenti hypothecam posteriorem instrumentariam. 17.

Habens hypothecam generalem priorem præfertur posteriori, etiamsi hic babeat specialem expressam, si verò habens hypothecam generalem habeat simul specialem in aliqua re determinata, non potest experiri aduersus bona, quæ alter posterior habet sibi specialitèr obligata, nisi facta prius excussione, an possit sufficientèr satisfieri in bonis, quæ ipse prior habet sibi specialitèr hypothecata. 18.

Verificatur, etiamsi esset dubium, an res, quæ priori creditori est specialitèr obligata, esset sufficiens ad idem plenè satisfaciendum. 19.

Item verificatur, quantumuis habens generalem, & specialem hypothecam, haberet etiam apud se pignus. 20.

Item verificatur, siue creditor prior prius habuerit generalem hypothecam, & postea specialem in determinata re, siue priùs specialem, & postea generalem. 21.

Habens hypothecam priorem præferendus est alteri posteriori, quantumuis huic res fuerit tradita. 22.

Creditor prior in tempore sub conditione potestatiua, quæ non purificatur, nisi post hypothecam puram ab altero acquisitam non præfertur posteriori acquirenti hypothecam puram ante conditionis euentum, benè tamen, si fuerit prior sub conditione casuali. 23.

Ampliationes, assertionis, & restrictiones. 24.

EXtat de hac re titulus *in lib. 20. tit. 4. digestorum, & in lib. 8. C. tit. 18.*, & ad horum normam, & regulam singula, quæ sub hac prænotione discutientur, erunt regulanda. Multa circa eandem attigimus de prælatione, quam habet tacita hypotheca dotis in ordine ad alias tacitas hypothecas, quantumuis anteriores ex alijs causis, & etiam ad alias expressas posteriores, & item in ordine ad hypothecam fisci, quando dubium est, quænam hypotheca fuerit anterior, & quænam posterior, nunc ijs omissis, de quibus actum est, reliqua omnia sunt hic examinanda.

Pro

Fiunt variæ comparationes inter habentes hypothecam.

Pro quo aduerte, comparationem multipliciter posse fieri. Primò comparando tacitam hypothecam ad expressam. Secundò conuentionalem ad legalem, & è contra. Tertiò conuentionalem ad pignus prætorium, & è contra. Quartò pignus prætorium ad legale, iudiciale &c. Quintò creditores instrumentarios ad chirographarios. Sextò hypothecam generalem ad specialem, & specialem ad generalem. Septimò hypothecam cum traditione rei ad hypothecam sine traditione eiusdem. Octauò hypothecam puram ad conditionalem, vel mixtam, & alia huiusmodi, prout in processu assertionum sequentium.

Regulariter, qui prior est tempore, potior est iure.

Aduerte insuper, quod regulariter cæteris paribus, qui prior est tempore, potior sit in iure, per textum *in c. qui prior de reg. iur. in 6., & in l. quoties vtriusque ff. de reg. iur. & in l. qui balneum in princip. & l. potior in princip. ff. qui pot. in pig. hab.*, adeout talis prioritas hypothecæ non solum prosit agendo, sed etiam excipiendo, & replicando, *l. si creditor, qui prior in princip. ff. qui pot. in pig. hab.* Multas tamen patitur hæc regula exceptiones, & restrictiones, de quibus latè *Negusantius tract. de pign. memb. 2. part. 5. à n. 2. vsque ad n. 21., & vlt.* Nobis sufficiat has omnes attingere secundum ea, quæ dicentur in sequentibus assertionibus.

1 Assertio I. Creditor habens hypothecam tacitam anteriorem ex genere suo præfertur cuicunque habenti expressam posteriorem, *Dinus in reg. qui prior de reg. iur. in 6., Baldus, & Salicetus in l. si generalitèr, C. qui pot. in pign. hab., Negusantius de pign. memb. 2. part. quintæ n. 14.*

Prouidētia generalis facit, vt prior tēpore præferatur habenti prouidētiam specialem tempore posteriori.

Colligitur expreisè *ex l. 2. ff. qui pot. in pign. hab.*, vbi sic legitur, *Qui generalitèr bona debitoris pignori accepit eo potior est, cui postea prædium ex his bonis pign. dat.* Ex quo textu duo colliguntur, primum, quod prior in tempore quoad hypothecam tacitam generalem præferatur habenti hypothecam expressam; secundum, quod non solum præferatur expressæ, & conuentionali posteriori, sed etiam, quod præferatur expressæ speciali. Hoc idem habetur *in l. si generalitèr, C. eod. tit.*, vbi dicitur, quod prouidentia generalis facit, vt prior tempore præferatur habenti prouisionem specialem tempore posteriore.

2 Amplia, vt non solum ille, qui habet priorem tacitam hypothecam, præferatur habenti posteriorem expressam, sed etiam ille, qui causam habet à priori *in dict. l. si generalitèr, C. qui pot. in pign. hab.*, vbi sic legitur. *Si ab illo priore tempore tu comparasti, non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.* Ex quo etiam habes, quod, si prima obligatio erga primum creditorem habentem priorem tacitam hypothecam nouetur cum repetitione primæ hypothecæ, & pignoris, tunc ille, in quem facta fuit nouatio, præferendus sit alijs creditoribus præcedentibus nouationem, subsequentibus tamen post primam obligationem nouatam, quia pignora repetita in nouatione intelliguntur repetita cum priuilegio prælationis *l. 3. in princip. ff. qui pot. in pign. hab., Baldus, & Salicetus in d. l. si generalitèr C. eod. tit.*

Nouatio facta cū repetitione primæ hypothecæ præfert ius illius, in quem facta est nouatio.

3 Amplia secundò, vt prior in tempore quoad hypothecam etiam tacitam non solum præferatur in bonis præsentibus, sed etiam in bonis postea quæsitis, *l. Titius scitur in princip., & ibi Bartolus, & Baldus, ff. qui pot. in pign. hab., Negusantius de pign. p. 5. memb. 2. n. 5. in fin.* per textum *in d. l. Titius scitur, Baldus in l. hac edictali, §. his illud col. vlt. vers. vt si quis, C. de sec. nupt., Bartol. in l. is, qui ff. de iure fisci*, nec incongrua ratione hoc statuitur, quandoquidem hypotheca generalis non solum extenditur ad bona præsentia, sed etiam ad futura per ea, quæ superiùs dicta sunt, & probata.

Hypotheca generalis extenditur etiam ad futura

4 Amplia tertiò, vt prior in tempore quoad hypothecam non solum sit potior in iure quoad sortem principalem, sed etiam in vsuris licitis, idest omnibus fructibus pignoris, *l. Lucius Titius, ff. qui pot. in pig. hab. Socin. Sen. cons. 41. num. 2. vers. si ergo concludendum est lib. 4., Paris. cons. 102. n. 8. lib. 3.*, & quidem congruo iure, quandoquidem fructus sequuntur naturam sui principalis.

5 Amplia quartò, vt prior in hypotheca tacita præferatur etiam posteriori habenti expressam ex eo, quod mutuam dederit pecuniam pro mercibus comparandis *Paulus de Castro in l. si cum dotem, §. vlt. n. 5. ff. solut. matrim., & ibi Romanus nu. 27., & Alexander nu. 5., Negusantius de pign. part. 5 memb. 2. vers. 40. num. 3.* Rationem communitèr adducunt ex eo, quia qui mutuauit ad res emendas, ex hoc non habet hypothecam in dictis rebus, sed habet solum priuilegium in personali, vt cuius præfertur alijs creditoribus solum personalem habentibus *Glosa in l. quod qui, ff. de priuil. credit., Bartolus in l. interdum, ff. qui pot. in pign. hab., Baldus in l. quamuis ex ea, C. de pign., & in l. licet, C. qui pot. in pign. hab.* Intellige tamen, nisi expresse mutuans conuenerit, vt merces pecunia mutuata per se sint ei pignori obligatæ *Mantica de tac., & amb. conu. lib. 11. tit. 22. num. 27., Negus. loc. cit. num. 3.* per textum *in l. licet, C. qui pot. in pign. hab., Aret. in l. qui Romæ, §. Callimachus nu. 4., & Iason. num. 2. ff. de verb. oblig.* Ratio huius limitationis eo meo videri est, quia, ex quo mutuauit ad eum præcisè finem, vt merces illæ emerentur, easdemque sibi voluit esse pro mutuo hypotecatas, voluit quasi quod proprio nomine emerentur, nec prior creditor potest ex vi hypothecæ generalis vel le ius suum in eisdem exercere, quandoquidem

Mutuans ad res emendas nō habet hypothecam in rebus emptis, sed tantū priuilegium in personali

quidem non ex bonis debitoris sunt acquisitæ, sed ex bonis illius, qui ius sibi in eisdem reseruauit. Hoc adeò verum est, vt etiam mutuans sit in mercibus acquisitis ex pecunia per se mutuata præferendus, quantumuis non specialitèr, sed generalitèr de hypotheca conuenerit, dummodò pecuniam mutuarit ad effectum præcisè, vt ex pecunia mutuata fundus, vel merces emerentur *§. hic consequens in auth. de aqual. dot.*, *& l. vltim. C. qui pot. in pign. hab.*, *Negusant. de pign. memb. 2. part. 5. nu. 3.*

Quædam limitatio ad mox dicta exponitur.

6 Limita primò, vt habens priorem tacitam hypothecam, quantumuis generalem non præferatur locatori, quamuis posteriori quoad inuecta, & illata pro pensione domus locatæ, de qua limitatione fusè egimus *hoc tom. 4. sub tit. Contractus X. de loc.*, *& conduct. disq. 2.*, *& §. 4.*, *& §. 7.*, *Bart. in l. interdum in princip. ff. qui pot. in pign. hab.*, *Aret. in l. si quis rem ad fin. vers. habet etiam expressa*, *ff. de acqu. possess.* Hæc limitatio amplianda est, vt etiam verificetur quoad res illatas in vehiculum, & nauim per textum *in l. huius, ff. qui pot. in pign. habeantur*.

7 Limita secundò in casu, quo secundus creditor haberet hypothecam ex eo, quod pecuniam mutuauerit ad nauem armandam, vel reficiendam; tunc etenim ipse præferretur habenti priorem hypothecam per textum *in l. interdum, ff. qui pot. in pign. hab.*, *& ibi Glosa, Azot. Bartolus, & Salicetus*, quæ limitatio etiam extendenda est, quandò pecunia esset mutuata, & insumpta ad refectionem cuiuscunque ædificij per ea, quæ superiùs dicta sunt *Bartolus in dict. l. interdum, ff. qui pot. in pign. habeantur*, *textus, & Glosa in l. creditor, qui ob restitutionem, ff. si cert. pet.* Dixi *mutuata, & insumpta* ad refectionem cuiuscunq; ædificij, ex quo duo colligo; primum, quod, si illa pecunia esset mutuata non expressa causa, & fine refectionis, quamuis postea illa esset insumpta pro tali refectione, non propterea mutuans sortiretur hypothecam cum iure illo prælationis in ordine ad creditorem habentem priorem tacitam hypothecam per textum *in l. procuratoris, §. si duas in vers. planè, ff. de tribun.*; secundum, quod, si illa pecunia fuerit mutuata ad finem refectionis, non tamen cum effectu fuerit insumpta in illa refectione, mutuans non debeat præferri priori creditori habenti tacitam hypothecam, quia ampliùs non militaret ratio, cui innititur textus *in d. l. interdum, ff. qui pot. in pign. hab.*

Extende ad mutuum pro refectione cuiuscunque ædificij.

Conditiones requisitæ, vt mutuās præferatur.

8 Limita tertiò, vt non procedat assertio, quando mulier ratione suæ dotis concurreret cum alijs creditoribus anterioribus habentibus hypothecam priorem, & tacitam per ea, quæ latè superiùs dicta sunt *prænot. 5.* per omnes ferè sectiones; quod adeò verum est, vt etiam concurrente eo, qui pecuniam mutuauit ad refectionem nauis, seu ædificij, quæque etiam insumpta fuerit in eadem refectione, eadem mulier pro sua dote sit præferenda *Salicetus in l. autem quo iure, C. qui pot. in pign. habeant*, quidquid *Baldus Nouellus in tract. dot. part. 10. col. 11. limit. 14.* videatur in contrarium sensisse. Ratio autem huius limitationis ea est, quia generalitèr hypotheca pro causa dotis præfertur quibuscunq; creditoribus prætendentibus anteriorem etiam tacitam per ea, quæ supra fuerunt commendata, &, quamuis propter priuilegium, quod ex dispositione iuris conceditur mutuanti ad refectionem nauis, seu cuiuscunque alterius ædificij, oriretur aliquod dubium circà prælationem, nihilominus in tali dubio iudicandum est pro dote *l. in ambiguis, ff. de iure dotis*, *Iason. in l. creditor. in verb. quid autem, si mutuauit pecuniam*, *ff. si cert. pet.*, quod confirmari potest ex ijs, quæ superiùs dicta sunt, quod scilicet concurrente fisco pro suo iure, & vxore in causa suæ dotis, dum dubium est de anterioritate vtriusque, mulier est præferenda.

Mulier pro dote præfertur etiā mutuanti priori ad nauis refectionē.

In dubio iudicandum est pro dote.

Limita quartò, vt habens priorem tacitam hypothecam non præferatur pupillo in ordine ad rem emptam pecunia eiusdem pupilli, & hoc ex speciali priuilegio status pupillaris, vt expresse *in l. idemque*, *& ibi Glosa, & Bartolus, ff. qui pot. in pig. hab.*, vbi in tit. sic legitur. *In re empta per Tutorem pecunia pupilli præfertur pupillus anterioribus creditoribus, quatenus ex eius pecunia sit solutum*. Ibique Bartolus adducit rationem huius dispositionis; quia scilicet per hoc non fit aliqua iniuria creditori primo, quandoquidem debitor non haberet rem illam, ad quam posset agere ipse primus creditor, nisi res illa esset acquisita pecunia eiusdem pupilli. Hic tamen notat Negusantius, quod hæc, quæ dicta sunt, verificentur, quando ille, qui emit pecunia pupilli, esset extraneus; quando verò ille, qui emit, esset Tutor eiusdem pupilli, tunc haberet electionem, seu optionem pupillus, vel ad habendam ipsam rem emptam per tutorem pecunia sua sibi specialitèr hypothecatam, vel ad vendicandam eandem rem actione vtili rei vendicatiua *Glosa, Bartolus, Baldus Salicetus*, *& alij in l. si vt proponis, C. de rei vendicat.*, *Baldus in l. tutor, C. de seru. pig. da. ma.*, *Bartolus in l. 2. ff. quando ex fact. tut.* 9

Non fit aliqua iniuria creditori primo.

10

Limita quintò, vt locator habens priorem tacitam hypothecam in fructibus rei locatæ non preferatur in ordine ad eosdem illi, qui mutuum dedit frumentum pro semine agri; hoc expresse tradit *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 26. n. 11.*, *& seqq.*, quod multis probat argumentis, nec incongruè; & primò procedit ex paritate eorum, quæ traduntur mutuo ad refectio- 11

Euincitur paritatibus, & rationibus.

fectionem nauis, & cuiuscunque ædificij, vel ad cibaria nautarum, vel ad rei conseruationem, pro quibus ex superiùs dictis in fauorem mutuantis constituta est tacita hypotheca cum priuilegio prælationis, ex quo deindè infert simile priuilegium in fauorem mutuantis triticum pro semine agri per mutuatarium conducti, quia, sicuti fine illo mutuo nauis non posset refici, nec ad destinatum locum transuehi, ità fine illo fructus nasci non possent. Vlteriùs progreditur, & asserit, quod locatori, cui fructus nasciturì dicuntur tacitè obligati pro mercede, seu affictu *ex l. si in lege, §. si colonus ff. locati, & ex l. in prædijs. ff. ex quib. cau. pig. tac. contrah.* competat solummodò hypotheca cum tali priuilegio in fructibus deductis expensis, quæ collectionis, conseruationisque eorum causa fiunt *l. si à Patre, §. vlt. ff. de pet. hæred., & l. fructus in princip., ff. de impen. reb. dot. fact.* Quis autem ambigat, quod frumentum, quod mutuatur pro semine computetur inter expensas, quæ requiruntur ad fructus colligendos? Neque in hoc audiendus est *Decianus cons. 50. lib. 3.* asserens, quod fructus pendentes sint, & computentur tanquam pars fundi, adeoque, quod priuatiuè quoad alios cedant domino fundi, sicuti cedit ipse fundus; Non, inquam, audiendus est, quia, ex quo fructus locauit durante tempore locationis, fructus ipsi non cedunt, sed conductori; Quod, si supponas, quod cessante tempore locationis, fructus adhuc sint pendentes, & concurrant simul pro eisdem locator ratione hypothecæ, quam habet pro affictu, & mutuator frumenti pro mutuo, & locator alleget fructus vtpotè adhuc pendentes sibi cedere, sicuti cedit fundus, cum sint pars istius; tunc diceremus, quasi fictione iuris huiusmodi fructus separari virtualitèr à solo, sicque prius satisfaciendum esse ex illis mutuatori tritici, & de reliquis disponendum esse in fauorem locatoris; Neque ab hoc dissentiri posse videtur idem Decianus, quandoquidem *cons. 119. num. 23. lib. 3.*, concedit, quod, si quis pecuniam mutuauerit ad reficiendam domum, ipse mutuans præferatur quibuscumque alijs prioribus creditoribus, & tamen illa refectio habetur, vt pars eiusdem domus, adeoque etiam quod, si quis mutuauerit frumentum ad serendum agrum conductum, debeat cuicunque alteri, quantumuis anteriori præferri in fructibus, quantumuis isti computentur pro parte fundi sati; nec ad hoc potest ipse locator esse rationabilitèr inuitus, quandoquidem sine illa mutuatione fructus illi non essent pendentes.

Locatori competit priuilegium ad fructus deductis expensis.

Huiusmodi fructus quasi fictione iuris separantur à fundo.

12 Numeratio præfertur puræ cōfessioni.

Limita sextò, vt, si creditor anterior ex causa, cui annexa est hypotheca, haberet solummodò instrumentum nudæ confessionis, non præferretur in ordine ad secundum creditorem habentem hypothecam cum instrumento veræ numerationis per textum *ex l. Titius, ff. quæ res pig. oblig. pos., Angelus in l. 1. C., qui pot. in pign. hab., Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 18. n. 82. in fin.*

Alias limitationes, quæ ex alibi per nos dictis deduci possunt, collige *ex Mantica lib. 11. de tacit., & ambig. tit. 23. per totum, ex Negusantio de pignor. membr. 2. part. 5. à num. 3. vsque ad 22. ex Ognate tract. 20. de hypoth. disp. 60. sect. 3., & 4.* Hic solùm aduerte, quod ea, quæ dicta sunt in hac assertione de hypotheca tacita comparatiuè ad expressam, & è contra, proportionali ratione intelligenda sint de hypotheca legali ad conuentionalem, & è contra, quod est id, quod propositum fuit secundo loco examinandum, in quo propterea nō immoror.

Assertio II. Regularitèr loquendo habens hypothecam, quantumuis posteriorem, siue legalem, siue conuentionalem 11 præfertur cuicumque creditori anteriori non habenti hypothecam, sed tantùm personalem *Negusantius de pign. memb. 2. part. 5. n. 2., Decian. cons. 22. n. 4. lib. 2., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 22. n. 20., Ognate d. tract. 20. de hypoth. disp. 60. sect. 3. num. 65.*

Habens hypothecam habet ius in re, habēs personalem habet tantū ius ad rē.

Expressè colligitur hæc assertio ex textu *in l. eos, qui acceperunt, C. qui pot. in pign. hab., & in l. creditor, qui prior, §. si primus, ff. eodem, & in l. qui autem in princip. §. 1., ff. quæ in fraud. credit.*, nec incongrua ratione procedunt huiusmodi iura, quandoquidem qui habet hypothecam, siue conuentionalem, siue legalem habet ius in re, qui solum actionem personalem ius dumtaxat ad rem, seu in persona debitoris; potius autem est ius habentis ius in re, quam habentis præcisè ius ad rem, seu in persona. Accedit, quod habentes solummodò actionem personalem comparati adinuicem non habent ius aliquod prælationis, &, si posterior satisfiat in bonis debitoris, non habet primus ius reuocandi solutum per ea, quæ habet *Mantica d. lib. 11. tit. 22. n. 20.* per textum *in l. priuilegia, ff. de priuil. credit.*, ergo in concursu eorundem cum habentibus hypothecariam isti vtpotè habentes ius in re erunt præferendi, cæteroqui hypotheca nullius omninò roboris esset.

Assertio III. Habentes hypothecam conuentionalem, vel legalem non præferuntur habentibus pignus prætorium, seu etiam iudiciale, sed inter eos, qui priores sunt tempore, sunt etiam potiores in iure *Negusantius de pign. membr. 2. part. 5. n. 7., Bartolus, & Salicetus in l. 2. C. qui pot. in pign. hab., Bartolus in l. cum vnus in vers. venio ad secundum, ff. de bon. aut. iud. possid., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11 tit. 22. n. 22., Ognate d. tract. 20. disp. 60. sect. 3. n. 37.*

Ex-

Expressè colligitur hæc assertio ex textu *in l. si decreto prætoris, C. qui pot. in pign. habeantur*, vbi dicitur, quod habens pignus prætorium præferatur habenti iudiciale, si est prior tempore. Hoc idem colligi potest *ex Glos. in l. si, & iure iudicatum, ff. qui pot. in pign. hab.*, vbi in verbo *priuilegijs* efformat casum hoc pacto. Supponit primò, quod ego egerim contra debitorem rerum ex quacunque causa, & post condemnationem fuerim auctoritate Iudicis immissus in possessionem, & postea alij creditores agant aduersus eundem debitorem. Postea absolutè, quod tunc ego, & hæres meus simus præferendi cuilibet alteri, qui prætenderet dissimilem hypothecam posteriorem, si autem prætenderet dissimilem hypothecam, tunc aut sunt mecum cæteri creditores eiusdem tituli, vt si verbi gratia simus ambo legatarij, & tunc communicabo cum eisdem postea venientibus iuxta textum *in l. is cum §. qui potior, C. vt in poss. leg.*, vel ambo petemus nobis caueri *l. si finita, §. si Iulianus, ff. de damn. infect.*, quod etiam verificatur, si ambo simus creditores ex eodem contractu *l. fin. §. 1. C. de bon. aut. iud. possid.*, aut ex diuersis titulis sunt mecum creditores, vt ego ex contractu, alter verò ex legato, & tunc asserit, quod ego, si fuerim primò immissus, sim præferendus alijs iuxta textum *in l. 2. qui pot. in pign. habeantur*. Ex quibus omnibus

Iura, quibus innititur assertum.

14 habet primò, quod, cum glosa loquatur de dissimili hypotheca posteriori non possit loqui, nisi de legali, & conuentionali, & cum dicatur, quod ego sim præferendus, ex directo sequitur, quod habens prius prætorium præferatur habenti hypothecam posteriorem conuentionalem, seu legalem. Secundò, quod, si duo concurrant ad pignus prætorium, vel iudiciale ex eodem titulo communicent adinuicem; si verò ex diuerso titulo, ille sit præferendus, qui prior est admissus.

Variæ illationes ex textibus allegatis.

15 Assertio IV. Creditores instrumentarij hypothecarij præferuntur regularitèr alijs creditoribus hypothecarijs non habentibus, nisi priuatam scripturam sui crediti, nisi à tribus testibus probatæ opinionis, & ab ipsis contrahentibus sic subscripta *Bartolus in l. editiones num. 5. vers. 2. casu, ff. de eden. l. 2., & 3. ff. de fid. instrum., Baldus cons. 198. num. 4. lib. 1., Ancharanus cons. 28. num. 1., & 4. vers. cum ergo, Franciscus Ramponus cons. 29. num. 1., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 24. num. 1. 2., & sequ., Negusantius de pign. memb. 2. part. secundæ n. 47., & seqq., Ognate tract. 20. de hypotheca disp. 60. sect. 3. num. 50.*

Expressè colligitur ex textu *in l. scripturas §. sin autem pignoris, C. qui pot. in pign. hab.*, nec immeritò ius hoc statuit, quandoquidem per priuatam scripturam facilè posset debitor in damnum anteriorum fraudem permittere, & posteriores mutata die priori bus præponere; quod non ità facilè contingere potest, quando eadem priuata scriptura esset trium testium, eorundemq; contrahentium subscriptione firmata, quandoquidem scriptura his qualitatibus affecta in iure æquiparatur publico instrumento.

Hoc statuitur ad euitanda damna anteriorũ creditorũ

Verum tamen est, quod ad hoc, vt hæc priuata scriptura sic firmata habeat vim publici instrumenti, nec sinat posteriorem creditorem instrumentarium præferri, exigat plures conditiones, de quibus latè *Negusantius loc. cit. n. 47., & seqq., Mantica item loc. cit. n. 1. 2., & seqq.* Prima est, quod vtriusque contrahentis subscriptione sit firmata, nec sufficiat subscriptio debitoris, *Bart. in auth. & si contractus n. 8. C. de fid. instrument., Socin. Sen. cons. 274. nu. 8. lib. 2., Negusantius de pign. memb. 2. part. 5. num. 47. vers. 2. ad hoc, Rolandus cons. 84. num. 13. vers. ad secundum lib. 3., Aret. cons. 64. nu. 4. vers. his præmissis*. Rationem huius conditionis deducit *Mantica loc. cit. ex cit. l. scripturas, C. qui pot. in pig. hab.*, vbi ponderando relationem, quam habent illa verba, *sin autem ius pignoris*, cum subsequentibus ad præcedentia, quæ certè relatio importatur per illam particulam *huiusmodi*, asserit, quod, sicuti in prima parte huius legis requiritur subscriptio amborum contrahentium, ità eadem videatur requiri in subsequenti dispositione, quæ refertur ad primam, per ea, quæ notant Doctores *in l. talis scriptura ad fin. ff. de leg. 1.*

Scriptura tribus testibus firmata æquiparatur in iure publico instrumento.

Firmāda est vtriusque contrahentis manu.

Addit *Negusantius loc. cit. num. 47. vers. 2. ad hoc*, quod ille *vers. in cit. l. scripturas* appositus, scilicet, *sin autem ius pignoris*, loquatur per modum exceptionis factæ à legis principio, & exceptio debet esse de contentis sub regula *l. nam quod liquidæ, ff. de pen. leg.* Secunda conditio est, vt tres testes vltra contrahentes se subscripserint, prout habetur *in d. l. scripturas, C. qui pot. in pign. habeantur*. Sed modo dubium est, an omnes hi tres testes, qui ex dispositione iuris requiruntur ad conualidandam scripturam priuatam, debeant esse sexus virilis? Communior, & certior opinio sustinet requiri, vt sint virilis sexus *Baldus in d. l. scripturas vers. iste ergo casu, C. qui pot. in pign. hab., Mantica de tac., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 24. num. 10.*, qui etiam testatur de communi. Hoc videtur colligi *ex d. l. scripturas in fine* per ea verba, *trium virorum subscriptiones*, quod etiam confirmari potest ex eò, quod huiusmodi testes sint probatæ, atque integræ opinionis, quod difficilè est in mulieribus reperire, quarum regularitèr varium est, & mutabile testimonium *c. forus in fin. de verb. signific.*, atque sic sentiunt *Iason. in l. si id quod nu. 20. ff. de iurisdict. omn. iud., Decianus in l. 2. num. 32. ff. de reg. iuris, Purpuratus in l. admittendi num. 164. ff. de iure*

Exceptio debet esse de cōtentis sub regula.

Tres testes debent subscribere.

Testes debent esse sexus viriles.

Mulierũ variũ est, & mutabile testimonium.

Testes subscripti debent recognoscere suas subscriptiones.

iure iuran. Tertia conditio est, vt testes subscripti postea recognoscant suas subscriptiones *Bartolus in dict. l. scripturas num. 4. vers. item debetis scire*, *Negusantius de pign. membr. 2. part. quintæ num. 47.*, *Coaruuias pract. qq. c. 22. n. 5. vers. necessarium erit.* Sed, si vel aliqui ipsorum testium, vel omnes decesserint, quid erit agendum? *Paulus de Castro cons. 393.* tenuit, adhuc illam scripturam sic firmatam sortiri suum effectum, quia sufficit illorum testium subscriptio, quantumuis nihil deponant, quem tamen nimiæ imprudentiæ arguit *Marianus Socin. Senior. cons. 41. n. 10. vers. tamen si testes lib. 1.* Existimo in hac hypothesi, quod, si omnes, vel aliqui ex testibus subscriptis decesserint, possit scriptura probari, & suppleri eorundem testium recognitio per comparationem literarum per ea, quę tradit *Socin. cons. 274. col. 7. vers. circà tertium vol. 2.* Quarta conditio est, vt probetur, quod illi tres testes, qui subscripserunt priuatæ scripturæ, sint integræ, & probatæ vitæ, & opinionis, *Socin. Sen. d. cons. 274. num. 9. in fin.*, & *10. lib. 2.*, *Purpuratus in l. admonendi num. 165. ff. de iureiurando*, *Crauetta de antiquit. temp. part. 1. vers. quæritur n. 37.*, & *seqq.*

Si decesserint testes poterit scriptura probari per comparationem literarũ.

Debent testes esse probatæ opinionis

16 Hic oritur ratio dubitandi, an, si aliquo statuto cautũ sit, quod scripturæ rationum dati, & accepti, quæ continentur in libris mercatorum, habeantur pro publicis instrumentis, habeantque executionem paratam, prout instrumenta guarentigiæ, tunc creditor ex illis, si fuerit tempore anterior, sit præferendus habenti publicum instrumentum, si vterque fuerit creditor hypothecarius. Existimo, vtique præferendum esse, si fuerit anterior *Socin. cons. 240. circà præsentem vol. 2.*, à quo dissentiri non videtur *Neguſ. de pign. dict. memb. 2. part. 5. num. 47.*, & *48.*, nec in hoc habere potest locum dispositio iuris *in dict. l. scripturas, C. qui pot. in pig. hab.*, quandoquidem, vt supra innuimus, hæc fundatur in præsumptione fraudis ob facilitatem, quæ potest esse in scriptura priuata alterandi scripturam quoad tempus, quæ certè fraudis præsumptio esse non potest in præsenti hypothesi; nam certè in priuata Apodissa potest poni tempus præteritum pro præsenti, non sic autem in libris mercatorum, cum singulis diebus, & continuatè soleat in eisdem describi ratio dati, & accepti, adeò vt, vt benè notat *Socinus loc. suprà allegato*, quasi impossibile sit mutare veritatem temporis, quin talis mutatio per peritum quemlibet posset dignosci. Ratio autem, cui innititur nostrum assertum, illa est, quod statutum vtique potest conferre scripturæ secundum se priuatæ, dummodò sit affecta aliquibus conditionibus, ratione quarum tollatur quæcumque præsumptio aduersans dispositioni iuris communis vim publici instrumenti, sicuti de facto dispositio iuris communis statuit, vt scriptura priuata, si fuerit trium testium integræ, & probatæ vitæ subscriptione firmata, habeat vim, perindè, ac si esset publicum instrumentum per ea, quæ habentur *in d. l. scripturas, C. qui pot. in pign. hab.*, ergo, si per statutum fuerit dictum vt priuata scriptura à libris mercatorum desumpta habeat vim publici instrumenti, non erit, cur illa vi gaudere non debeat. Hæc adeò vera sunt, vt extante statuto, quod libri mercatorum habeant vim publici instrumenti, priuilegium quoad scripta in ipsis non solum incipiat, quando per Iudicem recogniti sunt, vel recognoscuntur dicti libri, sed etiam à tempore, quo in eisdem libris descriptæ sint partitæ *Socin. dict. cons. 240.*, quandoquidem statutum non confert talem vim recognitioni, sed libris mercatorum secundum se.

In libris mercatorum non facilè cõtingere potest deceptio.

Statutum potest conferre scripturæ secundũ se priuatę positis certis cõditionibus vim publici instrumenti.

17 Dixi in assertione, *regularitèr creditores instrumentarios hypothecarios præferendos esse non instrumentarijs quantumuis hy fuerint illis anteriores*; Non enim negauerim, quod, si expressè constaret, scripturam priuatam esse veram, & habens ius ex illa esset anterior, esset pręferendus habenti hypothecam posteriorem instrumentariam *Baldus in cons. 198. num. 4. lib. 1.*, *Coaruuias pract. qq. cap. 22. num. 5. vers. poterit item*, *Decianus n. 1. cons. 14.*, & *seqq. lib. 1.*, & *cons. 22. num. 10. lib. 3.* Ratio huius limitationis ea est, quam super attigimus, quia scilicet dispositio iuris *in illa l. scripturas, C. qui pot. in pig. hab.* fundatur in præsumptione fraudis, quæ vtique cessat, vbicunque expressè constat de veritate rei, sicque cessante ratione, ob quam lex inducta est, non est, cur cessare non debeat eiusdem dispositio. Quomodò autem possit expressè constare de veritate talis priuatæ scripturæ, vide apud *Manticam de tacit.*, & *ambig. conuent. dict. lib. 11. tit. 24. à num. 4. ad 7.*

Cessaret pręsumptio fraudis, quotiescunq; expressè de veritate constaret.

18 Assertio V. Habens hypothecam generalem priorem præfertur posteriori, etiam si hic habeat specialem expressam; si verò habens hypothecam generalem habeat simul specialem in aliqua re determinata, non potest experiri aduersus bona, quæ alter posterior habet sibi specialitèr obligata, nisi facta prius excussione, an possit sufficientèr satisfieri in bonis, quæ ipse prior habet sibi specialitèr hypothecata. Quoad primam partem *Mantica de tac.*, & *ambig. conuent. lib. 11. tit. 22. num. 28.* Quoad secundam *Bartolus, Iacobus Butriga, Cinus, Baldus, Angelus*, & *Salicetus in l. 2. C. de pign.*, *Parisius cons. 50. n. 26. lib. primo*, *Coaruuias var. resol. lib. 3. c. 18.*

Prima pars clare colligitur *ex l. qui generalitèr, ff. qui pot. in pign. hab.*, & *ex l. si generalitèr, C. eodem tit.*, atque etiam deduci potest

potest ex his, quæ tradita sunt *sub hac ead. prænot. assert. 1. per totum*, in qua propterea non est immorandum.

Iura, quibus innititur secunda pars assertionis. Secunda pars ex eo euincitur, quod habetur *in l. 2. C. de pignor.*, vbi sic legitur. *Quamuis constet specialitèr quadam, & vniuersa bona generalitèr aduersarium tuum pignori accepisse, & æquale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoq; si certum est, posse eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum, ea, quæ postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses Prouinciæ iubebit.* Hunc textum afferit *Baldus in cap. 2. de offic. leg.*, & *Cremensis in sing. 54.* singularem esse, nec alibi reperiri, esse tamen communi praxi comprobatum.

19 Sufficiens præsumitur, nisi contrariũ probetur. Amplia primò hanc secundam partem, vt etiam procedat, quando esset dubium, an res, quæ priori creditori est nominatim, & specialitèr obligata, esset sufficiens ad plenè satisfaciendum eidem, nec ne, quia semper præsumitur sufficiens, nisi insufficientia probetur, *Glosa in d. l. 2. in verbo redigere, & ibi Salicetus in opposit. C. de pign.*, *Iason instit. in princip. n. 94. de act.*, *Ripa in l. priuilegia n. 22. ff. de priuil. credit.*, & præsumptio in eo fundatur, quod omninò inuerisimile est, quod creditor voluerit sibi cauere in re non sufficienti ad suum creditum.

20 Pignus non tollit ius alterius. Amplia secundò, vt etiam procedat, quantumuis habens priorem generalem, & specialem hypothecam pignus apud se habeat, prout expresè habet *Coaruuias var. resol. lib. 3. cap. 18. n. 2.* Ratio ex eo deducitur, quia *d. text. in l. 2. C. de pign.* indefinitè loquitur, nec excipit, quando pignus est apud priorem creditorem, vel non est apud ipsum, & quando etiam esset apud ipsum, non propterea esset apud ipsum quoad dominium, nec tollitur ius alterius, quod habet in tali re per ea, quæ infrà dicentur.

21 Amplia tertiò, vt etiam procedat, siue prior creditor habeat prius generalem hypothecam in rebus omnibus, & postea specialem in determinata re, siue prius specialem, & postea generalem; & item siue posterior creditor habeat hypothecam specialem, siue generalem comparatiuè ad priorem habentem simul generalem, & specialem. Ratio autem huius ampliationis ea est, quia motiuum præfatæ *l. 2. C. de pignor.* æquè militat in his omnibus casibus; voluit enim legislator, vt prior creditor habens specialem hypothecam, ex qua valeat sibi satisfieri, non possit vti generali hypotheca in præiudicium secundi creditoris, quod certè militat, siue prior creditor prius habuerit generalem, & postea specialem, siue è contra, siue posterior habuerit specialem siue generali, siue generalem siue specialem, vt consideranti patet. *Bartolus in d. l. col. 2. C. de pign.*, *Salicetus in l. qui generalitèr, ff. qui pot. in pign. hab.*, *Paulus Parisius conf. 50. n. 34. vol. 1.*

Alias ampliationes, & interpretationes *d. l. 2. C. de pignoribus*, vide apud *Coaruuiam var. resol. lib. 3. c. 18. per tot.*, non enim vacat amplius in his immorari.

Assertio VI. Habens hypothecam priorem præferendus est alteri posteriori, quantumuis huic res fuerit tradita *Negusantius de pignor. d. membr. 2. part. 5. num. 5.*, *Mantica lib. 11. tit. 22. num. 2.*, *Ognate tract. 20. disp. 60. sect. 3. n. 35.*, *Ioannes Faber. in l. quoties, & ibi Cinus nu 4.*, *Baldus n. 4.*, *Salicetus num. 2.*, *Iason. n. 12. ff. de rei vendic.* 22

Expresè colligitur ex *l. si prior, §. fin. ff., qui potiores in pig. habeantur*, vbi sic dicitur; *Nam si pignore placet, si prior conuenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem*; quod idem saltem implicitè videtur colligi *ex l. qui balneum, & ex l. potior, ff. eod. tit.* Ratio autem ea est, quia ex superius dictis ius pignoris ex solo consensu etiam sine traditione acquiritur *l. 1. ff. de pign. act*, & ius pignoris confert ius in re per ea, quæ alibi dicta sunt, ex quo sequitur, quod, si debitor constituta hypotheca in re propria eandem postea per venditionem, vel alio titulo alienauerit, possit creditor habens in eadem hypothecam reuocare, vt est in confesso apud omnes; Nec obesse potest, si afferatur, quod si eadem res pluribus etiam pro diuersis temporibus fuerit vendita, ille sit præferendus, cui quamuis posteriori in emptione res fuerit tradita *l. quoties, C. de rei vendic.*, ergo etiam, si eadem res fuerit pluribus hypothecata, ille erit in hypotheca præferendus, cui res fuerit tradita; Non, inquam, obesse potest, quia quantumuis asseramus, quod tam contractus venditionis, quam contractus pignoris solo consensu perficiatur; ius tamen in re venditione non transfertur, nisi pro tempore, pro quo res traditur per textum *in l. traditionibus, C. de pactis*; in pignore verò ius in re acquiritur per solam conuentionem sine aliqua traditione iuxta textum *in d. l. 1. ff. de pign. act.* Ratio autem diuersitatis in huiusmodi contractibus ea est, quia ex genere suo emptio, & venditio ordinatur ad conferendam rem emptori; hypotheca verò ad constituendum tutum creditorem, quod vtique haberi potest, siue res maneat penes debitorem, siue apud creditorem, adeoque &c.

Ius pignoris confert ius in re.

In pignore ius traditur per solũ consensum, sine traditione.

Diuersa ratio de pignore, ac de venditione.

Assertio VII. Creditor prior in tempore sub conditione potestatiua, quæ non purificatur, nisi post hypothecam puram ab altero acquisitam non præfertur posteriori acquirenti hypothecam puram ante conditionis euentum; benè tamen, si fuerit prior sub conditione casuali. *Negusant. de pign. memb. 2. part. 5. nu. 9.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 23. num. 28.*, 23

&

& 29., Raph. Cuman. in l. si filius familias in princip. ff. de verb. oblig., Alciatus conf. 15. n. 1. lib 5., Rota Rom. apud Mohedanum decis. 1. de pign., & apud Seraphinum in vna Rom. de Caualcant. die 16. Iuny 1593. Pro intelligentia aduerte, quod nomine conditionis potestatiuæ ea veniat, quæ dependet ex sola, & libera voluntate debitoris, vt si quis rem suam alteri obligauerit sub conditione, si ipse obligans aliquid eidem alteri persolnerit, tunc enim obligatio non incipit, nisi quando ipse obligans contulerit talem solutionem, quæ solummodò pendet ab ipsius libera potestate, nec potest ad id soluendum obstringi; nomine verò conditionis casualis ea veniat, quæ non dependet ex mera potestate debitoris, sed vel vtramque, vel alteram saltem partem obligat.

Quid veniat nomine cōditionis potestatiuæ, & quid nomine casualis.

Expresse colligitur ex l. qui balneum, ff. qui pot. in pign. hab., & ex l. potior, §. 1. ff. eodem tit., quæ expressè assertionem euincunt præcipuè quoad primam partem; quoad secundam verò expressè euincit textus in l. si filius familias in princip. ff. de verb. obligat., & ex l. 1., & l. Lucius, ff. qui pot. in pig. hab. Ratio autem discriminis inter hanc conditionem potestatiuam, & conditionem casualem assignatur a Bartolo in l. is, qui pro emptore in quinta quæst. principali, ff. de vsucapien., in eo consistere, quod, cum conditio potestatiua omninò dependeat à voluntate debitoris, non cadit sub obligatione, cum debitor possit eam adimplere, vel non adimplere, quod non accidit in casuali, quæ omninò independens est à voluntate debitoris.

Iura quibus innititur assertum.

Discrimen inter vtramque conditionem.

24 Amplia primò assertionem, vt conditio casualis retrotrahatur ad tempus contractus l. 1. ff qui pot. in pign. hab. l. qui balneum in princip., & l. potior, ff. eod. tit. secus autem conditio potestatiua, quæ tantum incipit obligare, quando ponitur in esse per iura omnia superius allegata.

Conditio casualis retrotrahitur.

Amplia secundò, quod etiam verificatur assertio, siue per conditionalem casualem obligetur vterque contrahens, siue alter tantum, nempe debitor, quia tunc propriè consurgit obligatio, & sic euincente tali conditione ipse non amplius est liber Immola in l. si filius familias in princip. ff. de verb. obligat., & d. Rota Rom. apud Mohed. decis. 1. de pign.

Limita, vt procedat tantum in contractibus, non sic in legatis, in quibus obligatio non retrotrahitur, sed attenditur tempus existentis conditionis l. si mater, §. eandem, ff. de except. rei iud., & l. 1. §. seruit. appellatione, ff. Ad Sylan., Bartolus Alexander, & alij in dict. l. si filius in princip. ff. de verb. oblig. Rationem huius limitationis vide apud Alexandrum in d. l. si filius, ff. de verb. obligat., & apud Iasonem in d. l. si is, qui pro emptore, ff. de vsucap.

In legatis obligatio non retrotrahitur.

Reliqua, quæ pertinere possunt ad hanc materiam prælationis, seu anterioritatis, & posterioritatis in actionibus hypothecarijs, siue in causa dotis, siue in causa fisci, siue in alijs iuribus priuilegiatis, vide ex ijs, quæ supra diximus sparsim in prænotionibus, & hic applica.

PRÆNOTIO XII.

De pactis quibusdam, quæ interuenire possunt in hoc contractu.

SVMMARIVM.

Pactum, vt creditor possit propria auctoritate ingredi pignoris possessionem seruatis certis conditionibus potest esse licitum. 1.

Extenditur etiam ad pignus Ecclesiæ, si illud non sit dicatum cultui Diuino, & non fuerit ex immobilibus. 2.

Ratione talis pacti eximitur ingrediens possessionem à quacunque pœna. 3.

Item à vitio violentiæ, & clandestinitatis. 4.

Tale pactum non solum potest adijci in contractu pignoris, sed in quibuscunque alij contractibus. 5.

Executio pacti de ingrediendo potest etiam exerceri contra hæredem debitoris, quantumuis hic fuerit minor. 6.

Hoc pactum potest etiam extendi aduersus singularem successorem debitoris, si constet eundem habere causam ab eodem debitore. 7

Hoc pactum de ingrediendo propria auctoritate non extenditur in ordine ad acquirendam perfectè possessionem, eandemque retinendam. 8.

Huiusmodi pactum, nec quoad immobilia Ecclesiæ, nec quoad immobilia pupilli potest subsistere sine iuris solemnitatibus. 9.

Pactum de ingrediendo non potest exerceri antè liquidationem debiti citata parte, & dato libello. 10.

Potest validè fieri pactum, vt pignus à debitore non possit alienari. 11.

Procedit in constitutione pignoris specialis, non sic in constitutione generalis. 12.

Constituto etiam illo pacto, si debitor velit pignus vendere, vt ex pretio satisfaciat creditori, creditor debet permittere alienationem. 13.

Pactum, vt creditor non possit pignus vendere, vel alienare ad sibi satisfaciendum supposita mora non est subsistens. 14.

Pactum illud potest tamen apponi limitatè, quatenus creditor non possit pignus illud vendere, nisi post trinam monitionem. 15.

Pactum, quod fructus pignoris non computentur in sortem, non est licitum, sed vsurarium, quantumuis debitor iurauerit, quod nullum creditor damnum inferet in fundo oppignorato. 16.

Creditor accepta in pignore pro suo credito domo,

domo, si eandem locauerit pro certo pretio, vel ipse eandem inhabitauerit tenetur fructus, quos percepit ex locatione, vel quos ipse expendere debuisset in alterius domus conductione, in sortem computare. 17.
Si creditor, cum potuerit domum locare, quàm in pignus acceperat, non locauerit, tenetur fructus non perceptos compensare, & computare in sortem. 18.
Creditor, qui domum oppignoratam inhabitauit, probabilius tenetur solummodò ad computandam illam pensionem, quæ consueuit exigi ex illa domo. 19.
Si debitor non consueuerat à pignore fructus percipere, nec cogitabat percipere, creditor tamen, qui illud accepit, & fructus percepit, tenetur illos deductis expensis computare in sortem. 20.
Creditor, qui in pignus equum accepit, si eundem locauerit, & fructus receperit tenetur eosdem in sortem computare. 21.
Fructus Castri, quos dominus vasallo obligauit, debent in sortem computari. 22.
Si vassallus habens feudum à Principe, seu domino supremo acceperit ab eodem pecuniam mutuam, & eidem domino directo feudum pignori dederit, tenetur dominus directus fructus eiusdē feudi in sortem cōputare. 23.
Idem dic de emphytheuta obligante ob pecuniam mutuo acceptam ius emphytheuticam domino directo. 24.
Si creditor ex mora debitoris in restituendo creditum subiaceret lucro cessanti, seu damno emergenti, posset conuenire, quod fructus pignoris ad proportionem damni sibi cederent. 25.
Maritus, qui est creditor dotis, potest saltem ex conuentione fructus pignoris retinere, nec tenetur fructus computare. 26.
Creditor solitus negotiari ratione interesse potest pacisci, quod fructus pignoris ad ratam talis interesse sibi cedant. 27.
Iuramentum debitoris de non inferendo grauamine creditori in bonis eidem oppignoratis non tribuit ius creditori faciendi suos fructus pignoris. 28.
Fructus pignoris non sunt in sortem computandi, si creditor pro custodia magnos subeat labores. 29.
Pactum, vt, si debitor conuento tempore non persoluerit, pignus intelligatur venditum creditori, potest esse licitum, si saluetur æqualitas. 30.
Regularitèr in pignoribus pactum legis commissoriæ reprobatur. 31.
Extensiones quoad huiusmodi pactum. 32.
Pactum legis commissoriæ potest esse licitum, quando non est adiectum in constitutione pignoris, sed ex interuallo. 33.
Item si adijciatur limitatè, & quomodo. 34.
Item si actum fuerit inter debitorem, & fideiussorem. 35.
Item in causam dotis, & quomodo. 36.

Non erit hic sermo de pactis, & conuentionibus, quæ pertinent ad substantiam contractus, seu conformia sunt eiusdem naturæ, quandoquidem de ijs innotescit ex supradictis, & ex infrà dicendis, sed de quibusdam, de quibus potest esse controuersia, an sit contrà, an præter naturam contractus. Procedit de pactis extrà substantiam cōtractus

Prima igitur ratio dubitandi erit, an pactum, quod creditor possit ingredi pignoris possessionem propria auctoritate, sit licitum, & quomodo sit intelligendum. Secunda, an possit validè fieri pactum, vt pignus à debitore non possit alienari. Tertia, an subsistere possit pactum, quod fructus pignoris in sortem non computentur. Quarta, an subsistat pactum, vt, si debitor non soluat, creditor habeat pignus emptum. Quinta, an pactum legis commissoriæ in pignoribus possit subsistere. Sexta, an, si res empta euincatur, subsistat pactum, vt pignus intelligatur emptum pro ea. Septima, an valeat pactum inter creditorem, & debitorem, quod debitori non liceat luere pignus ante determinatum tempus. Octaua, an possit adijci pactum in præiudicium anteriorum creditorum ipsius emptoris, vt res per ipsum empta sit specialitèr, & prius obligata vni creditori ipsius emptoris. Articuli examinādi circà præsentē prænotionem.

Assertio I. Non est improbandum pactum, vt creditor possit propria auctoritate ingredi pignoris possessionem seruatis certis conditionibus *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 5. num. 1., & seq., Negus. de pign. quarta part. princip. num. 9., & seq., Ognate tract. 20. de hypoth. disp. 49. sect. 1. n. 4., & seq.* 1

Dixi, *seruatis certis conditionibus*. Prima est, si debitor non soluit suo tempore debitum, ob quod contraxit pignus, nam antè moram, vel si debitor paratus sit soluere debitum, non obstante tali pacto creditor non posset talem possessionem ingredi, *Ognate loc. cit. num. 7., Mantica de tacit., & ambig. conuent. d. lib. 11. tit. 5. n. 6.* Secunda, si debitor non resistat, nam eidem resistenti creditori non potest vim armis inferre, ne præbeat causam maioris mali iuxtà regulam, quod pactum, quod ingerit causam delinquendi, omni iure est reprobandum. *Bartolus in l. 3. in prima lect. n. 5., & ibi Baldus sub n. 4. in addit. in vers. tamen, nec Iudex, C. de pign., Negusantius d. 4. part. princip. n. 14.* Enumerantur conditiones requisitæ. 2

Probatur iam assertio *in l. 3. C. de pig.*, vbi sic legitur. *Creditores, qui non reddita sibi pecunia conuentionis legem ingressi possessionem exercent vim quidem facere non videntur,* & licet in eodem textu subdatur. *Attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debet.* Hoc intelligendum est secundum Baldum ibidem, quatenus vrbanius faciat, si auctoritate Ius cui nititur assertum.

ritate Prætoris hoc faciat, non autem contrà iuris ordinem, & rigorem; vel secundum Salicetum, quatenus solum per illa verba importetur, quod habeat licentiam ingrediendi, non autem acquirendi possessionem sine Iudice, prout infrà nos explicabimus.

2 Amplia primò assertionem, vt extendatur etiam ad pignus Ecclesiæ, si primò illud non sit ad cultum Diuinum dicatum *Hostiensis in cap. verum col. 1. vers. quid si dictæ baroniæ, & vers. sed videtur de for. compet.*, *Bartolus in l. vlt. ff. vt in possess. leg., & in d. l. 3. in 2. lect. num. 7., & 8., C. de pign.* Secundò, si illud non fuerit in bonis immobilibus alienari prohibitis, quia, sicuti res Ecclesiæ immobiles alienari prohibentur sine debitis causis, & solemnitatibus, ita, & oppignorari per *extrauag. Paul. II. inter communes de reb. Eccl. non alien. Incip. Ambitiosæ*, &, sicuti prohibetur alienatio, prohibetur quodcunque pactum, ex quo sequi possit alienatio. Tertiò, nisi illud pignus sit ex rebus pretiosis, quæ seruando seruari possunt per eandem extrauag. Pauli II., & licet per talem ingressum non acquiratur aliqua ciuilis possessio, vt infrà videbimus, nihilominus pignoratio, qua pignoratio in huiusmodi rebus Ecclesiasticis est iure canonico vetita, & vt nulla declarata.

3 Amplia secundò, vt ratione talis pacti eximatur ingrediens possessionem à quacunque pœna *l. si quis in tantum, C. vndè vi, & l. extat, ff. quod metus causa.* Pro quo sciendum est, esse impositam in iure pœnam amissionis rei ipsius, & cuiuscunq; actionis ad eam aduersus eum, qui violentèr, aut clanculum rei alienæ possessionem propria auctoritate inuaserit per textum *in l. si quis in tantum, C. vndè vi.* Hac igitur pœna eximitur creditor, qui extante tali pacto possessionem pignoris propria auctoritate ingressus fuerit per allegata iura.

Pœnæ, quas incurrunt ingredientes sine pacto.

4 Amplia tertiò, vt tale pactum non solum excuset à vitio violentiæ, sed etiam à vitio clandestinitatis *Bartolus in l. 3. in 2. lect. n. 20. vers., sed an à vitio clandestinitatis, C. de pig.*, *Negusantius de pign. part. 4. princip. n. 13.*, & sic talis ingressus vigore talis pacti exerceri etiam potest ignorante creditore.

5 Amplia quartò, vt tale pactum non solum possit adijci in contractu pignoris, sed in quibuscunque alijs contractibus, quinimmò licentia ingrediendi propria auctoritate concedi in vltima etiam voluntate *Bartolus in dict. l. 3. col. 2. in 2. princip. quæst., & ibi etiam Salicetus in 3. quæst. C. de pign.*, *Negusantius loc. cit. n. 12.*

6 Amplia quintò, vt executio pacti de ingrediendo possit etiam exerceri contra hæredem debitoris, quantumuis hic fuerit minor, seu pupillus. Ratio huius ampliationis ea est, quia hæres est eiusdem conditionis, cuius erat debitor, & repræsentat suum principalem quoad omnia iura, & onera realia per vulgatissima iura. Dixi, *quantumuis hic fuerit minor, seu pupillus*, per not. per Bartolum *in dict. l. 3. in 5. col. in vers. quid in successore vniuersali, C. de pign.*, vbi se remittit ad not. per *Cinum in auth. quas actiones qu. 5. C. de Sacros. Eccl.*, non enim tali pacto potest repugnare status pupilli, & minoris, quia, quantumuis pupillus, & minor non possit bona sua immobilia obligare, tenetur tamen oneribus, quibus eundem obligauit testator principalis.

Hæres repræsentat suũ principalem quoad omnia iura, & onera.

Amplia sextò, vt tale pactum possit etiam extendi aduersùs singularem successorem debitoris, si constet eundem habere causam à principali debitore per textum *in l. emptor, ff. de act. empt.*, *Bartolus in d. l. 3. n. 24., C. de pign.*, *Socin. Sen. cons. 82. n. 8. lib. 3.*, *Neguf. de pignor. part. 4. num. 21.* Verum tamen est, quod, si liquidò non constet, singularē successorem causam habere ab eodem debitore debeat summariè dubium liquidari coram Iudice *l. à D. Pio, §. si super rebus, ff. de re iudic.* 7

Limita primò, vt quantumuis tale pactum de ingrediendo propria auctoritate fieri licitè, & validè possit, non tamen extendatur in ordine ad acquirendam perfectam possessionem, eandemq; retinendam, quia, vt benè notat *Bartolus in d. l. 3. in 2. lectura num. 4. vers. sed ego ostendo, C. de pign.* aliud est ingredi possessionem, & esse in possessione, aliud acquirere possessionem, & possidere *in l. 3. §. vlt. ff. de acq. possess., & l. qui legatorum, ff. ex quibus caus. in possessionem eatur., & l. 2. in principio, ff. pro hæredib.* Non negauerim tamen, quod, si in tali pacto fuerit etiam adiecta conditio, vt non solum possit ingredi possessionem propria auctoritate, sed etiam possidere, & retinere possessionem, vtique tale pactum etiam subsisteret per ea, quæ notat *Ognate d. tract. 20. disp. 59. sect. 1. num. 6.*, *Bartolus in d. l. 3. in 2. col. C. de pign.*, *Negusantius de pign. dict. part. 4. princip. num. 11.*, vbi asserit per notarios in instrumentis hoc pactum frequentèr solere apponi, & per ipsum possessionem ciuilem transferri in creditorem habetur *in l. quod in eo in princip., ff. de acquir. possess.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 5. n. 9.* 8

Aliud est ingredi possessionẽ, aliud acquirere possessionem.

Limita secundò, quod præcipuè in immobilibus, & mobilibus pretiosis Ecclesiæ, seu Monasterij, quæ seruando seruari possunt, non possit huiusmodi pactum subsistere *per extrauag. Pauli II. inter communes de rebus Eccl. non alien. incip. Ambitiosæ*, nam, si pignus in huiusmodi rebus, nisi cum causa interueniant iuris solemnitates, non potest constitui, multo minus videtur posse constitui tale pactum, quod adiacet pignori, si enim non possunt subsistere propositiones de primo adiacente, multo minus subsi- 9

Hoc pactũ quoad immobilia Ecclesiæ, & mobilia pretiosa nõ potest subsistere.

subsistere possunt illae de secundo.

Nec in immobilibus pupilli, & minoris. Limita tertiò, vt nec possit constitui huiusmodi pactum in rebus immobilibus pupilli, & minoris etiam interueniente auctoritate tutoris, & curatoris, nisi etiam interueniat decretum Iudicis. Ratio est, quia sicuti immobilia pupillorum non possunt sine tali decreto alienari, ita nec possunt hypothecari, nec poni actus, ex quibus sequi possit alienatio *l. pupillus, ff. de acq. rer. dom.*, *& l. magis puto*, *§. 1. ff. de reb. cor.*, Neque obstare potest, si asseratur, quod per tale pactum non alienetur rerum dominium, sed dumtaxat earundem possessio; alienatio autem possessionis sine Iudicis decreto potest subsistere, *Alexander in l. possessionem, ff. de acq. poss. in fin.* non, inquam, obstare potest, quia in primis limitatio procedit, quando tale pactum adijcitur in constitutione pignoris, in quo sensu, sicuti

Nec subsistit e pignoris constitutio. ipsa pignoris constitutio non subsistit, ità nec tale pactum. Deindè, si supponatur, quod antecedentèr debita auctoritate fuerit pignus constitutum, tunc non renuerem posse subsequentèr adijci illud pactum, nam hoc caderet supra ius reale iam in creditorem translatum.

10 Limita quartò, vt huiusmodi pactum de ingrediendo propria auctoritate non possit exerceri ante liquidationem debiti parte citata, & dato libello. *Bartolus in d. l. 3. in 3. quaest. C. de pignor.* suppono enim, quod de dicto debito ex instrumento non appareat, vel in notorium non fuerit deductum per exercitium dicti pacti.

11 Assertio secunda. Potest validè fieri pactum, vt pignus à debitore non possit alienari *Bartolus in l. si creditor, ff de distract. pig.* *Negusantius de pign. part. 2. in 5. diff. num. 5.*, *Mantica de tacit.*, *& ambig. conuent. lib. 11. tit. 6. num. 1.*

Probatur expresse *ex l. si creditor, § fin. ff. de distract. pig.*, vbi sic legitur. *Quaeritur si pactum sit à creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus, quid iuris sit? & an pactio nulla sit talis quasi contra ius sit posita, adeoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, vt pactioni stetur*, quem textum asserit *Bartolus ibidem* esse

Iura, quibus innititur assertum. singularem. Hoc idem saltem implicitè habetur *in l. alienatio, ff. de contrah. empt.* Neque obesse potest, si asseratur, quod per talem alienationem, seu venditionem nullum inferretur praeiuditium creditori, quandoquidem in quemcunque res illa oppignorata deuenerit, semper intelligetur deuenisse cum illo iure in fauorem creditoris; non, inquam, obesse potest, quia, quantumuis ea, quae dicuntur in instantia, veritate non careant, nihilominus ex maiori facilitate, & promptitudine consequendi creditum, quam potest habere creditor exigendo à debitore immediatè, potuit sibi consulere, & potest per tale pactum, efficere, ne pignus in alium transferatur *Ognate d. tract. 20. disp. 59. sect. 2. num. 12.*, *Mantica de tacit.*, *& ambig. conuent. lib 11. tit. 6. num. 1.*, hocque colligitur *ex d. l. alienatio, ff. de contrah. empt.*, *Negus. d. part. 2. diff. 5.*

Limita tamen assertionem, vt procedat dumtaxat in constitutione pignoris specialis, hoc est in determinata re, secus in constitutione hypothecae generalis. *Negusantius de pign. memb. 1. part. 2. nu. 6.*, non enim congruum rationi est, quod debitor non possit de rebus suis disponere, quotiescunque creditor potest in rebus eiusdem sibi sufficientèr cauere. 12

Hoc tamen hic aduertendum est, quod etiam posito eo pacto, & constituto, si debitor velit pignus alienare, & vendere, vt ex pretio illius satisfiat, debeat eiusdem pignoris alienationem permittere *l. quamuis in fin. princip. ff. de pignor. act.*, *Negusantius part. 4. num 42.*, *Mantica lib. 11. tit 6. nu. 3.*, *Ognate dict. tract. 20. disp. 59 sect. 2. num. 14.* 13

Talis alienatio non obest creditori. Ratio autem ex eo deduci potest, quod talis alienatio non obest creditori, & prodest debitori, quod sibi autem non obest, & alteri prodest de facili concedendum est, *l. 1. §. idem ait, & l. 2. §. idem Labeo ait, ff. de acqu. pluu. arcen.*, *& l. recusare, §. Titius, ff. ad Trebell.* Intellige tamen, si ipse debitor, dum intendit pignus vendere pro satisfactione creditoris, exhiberet cautionem de satisfaciendo pretio ex pignore redacto ipsi creditori *l. quamuis in princip. ff. de pign. act.*, *& l. sicut, §. illud vers. Titius, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluatur*. Ratio autem ea est, quia illud pactum intelligitur inductum, vt creditor magis tutus sit; tutior autem videtur, quando praestita cautione debet ex venditione rei consequi suum creditum. Debet tamen debitor exhibere cautionē de satisfaciendo creditori ex illo pretio.

Assertio III. Pactum, vt creditor non possit pignus vendere, seu alienare ad sibi satisfaciendum supposita mora, non est subsistens *Ognate d. disp. 59 sect. 2. nu. 15.* 14

Cessaret finis principalis pignoris. Ratio est, quia finis primarius, & essentialis pignoris est, vt tutus sit creditor de suo credito consequendo, & vt illud cedat in extinctionem debiti, quotiescunque aliter creditor non possit consequi solutionem sed, si posset per pactum obligari creditor ad non alienandum pignus, cessaret finis ille primarius, quandoquidem creditor non posset consequi solutionem sui crediti, & sic pignus esset quodammodò frustratorium, ergo illud pactum non potest validè adijci.

Aduerte hic tamen, quod, quamuis absolute illud pactum non possit adijci, possit tamen adijci limitatè, quatenus creditor non possit illud pignus diuendere, seu alienare, nisi post trinam monitionem. *Mantica de tacit.*, *& ambiguis conuention. lib. 11. tit. 6. num. 5.*, *& 6.*, *Ognate dict. tract. 20. disp. 59. sect. 2. num. 15.* per textum *in l. si* 15

conuenerit in fin. de pignor. act., & quidem per hoc optimè cauetur tùm indemnitati creditoris, tùm debitoris, vt per se patet. Quinimmò, etiamsi in conuentione dictum fuerit simpliciter, quod non possit vendere, hoc intelligendum est cum præfata limitatione, hoc est, nonnisi post trinam illam monitionem, & ratio est, quia mens contrahentium ità sumi debet, vt velit, quod contractus valeat, & non pereat, & iuxtà hunc sensum intelligendus est textus *in l. si conuenerit la 1. in fin. ff. de pign. act.* Hic monet *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 6. nu. 7.*, quod trina illa denuntiatio non debeat fieri simul, sed cum interuallo trium dierum iuxtà *glos. vltim. ff. de pign. act.*, *Iason in l. si certis annis num. 4. in fin. C. de pactis*, *Aries Pinellus in l. 2. part. 2. num. 8. ff. de rescind. vendit.* Hæc dispositio valdè vtilis est etiam debitori, nam, si illud pactum non adesset, creditor facta prima denuntiatione posset deuenire ad pignoris alienationem.

Cauetur idemnitati creditoris, & debitoris.

16 Assertio IV. Pactum, quod fructus pignoris non computentur in sortem, non est licitum, sed vsurarium, quantumuis debitor iurauerit, quod nullum creditori damnum inferet in fundo oppignorato *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 8. num. 1.*, *Abbas in c. 1. de vsuris*, *Iacobus de S. Georg. in l. si quis, nec causam, §. res pig. n. 4. ff. si cert. pet.*, *Ognate dict. tract. 30. disp. 59. sect. 4. n. 24., & seqq.*

Hæc assertio clarè deducitur *ex cap. 1. de vsuris c. illo vos &c. cum contra de pign., & l. 1., & 2. C. de pign. act.*, *& l. 2. C. de pact. pig.*, *& l. 1. C. de distract. pig.*

Ratio autem huiusmodi iurium, & assertionis in eo fundatur, quod pignus, qua pignus est, non potest esse fructiferum creditori, cum eidem præcisè concedatur in cautionem, ac securitatem sui crediti, non ad augendum ipsius patrimonium, vndè, si illos fructus perciperet, & non computaret in sortem, perciperet fructus ex re non sua, & vltrà sortem lucrum non modicum acquireret ex sola temporis dilatione in non restituendo sortem, quod vsurariam redolet prauitatem, quæ expressis iuribus prohibetur, & irritatur *in c. consuluit, & tot. tit. de vsuris.*

Pignus conceditur in securitatem, non ad augẽdum patrimoniũ creditoris.

17 Ex hac assertione, eiusque probatione inferes primò, quod, si creditor acceperit in pignus sui crediti domum, eandemq; locauerit pro certo, & determinato stipendio, vel ipse eandem inhabitauerit, teneatur fructus, quos percepit, ex locatione, vel ipse impendere debuisset in alterius similis domus conductione, in sortem computare, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 8. n. 11., & seq.*, *Ognate d. tract. 20. disp. 59. sect. 4. n. 25.*, & illationem probat *Baldus* per textum *in l. si is, qui §. antiphona, ff. de pignor.*

Fructus pignoris tenetur computare.

Circa hanc illationem duo potissimum dubia consurgunt. Primum est, an, si creditor ex incuria domum non locauerit, vel ipse eandem non inhabitauerit, teneatur adhuc æquiualens ad id, quod exigere potuisset, computare in fauorem debitoris. Secundum, an, si ipse creditor domum inhabitauerit, teneatur fructus compensare ad eam rationem, qua domus ipsa locari consueuit, an verò ad eam rationem, ad quam ipse verisimilitèr fuisset aliam domum conducturus.

Duo dubia proposita examinanda.

Ad primum asserendum est, quod, si res oppignorata sit ex genere suo, vel naturalitèr, & ciuilitèr fructifera, & creditor commodè potuerit fructus percipere ex eadem, vel ipsam locare, hocque non præstiterit, teneatur compensare in fauorem debitoris id, quod verisimilitèr potuisset ex illa re oppignorata percipi. Ratio est, quia, ex quo creditor rem fructiferam in pignus accepit, & apud se detinet, tenetur eandem custodire, eaque circa ipsam peragere, quæ prudens dominus præstitisset, ergo, si ex propria incuria fructus non perceperit, quos consueuit, res illa ex genere suo dare, tenebitur ratione incuriæ illud compensa re, quod ex eadem incuria non exegit; præcipuè cum semper præsumendum sit, quod debitor sub ea conditione rem fructiferam dederit in pignus; non enim probabile est, quod pro derelictis fructus voluerit habere, & id amittere, quod sperare poterat se iustè habiturum *l. si vt certò, §. nunc videndum, ff. commodati.* 18

Creditor tenetur rem sibi pignoratam custodire, eaq; peragere, quæ prudens Dominus præstitisse.

Ad secundum dicendum est, meliorem, & tutiorem esse opinionem *Abbatis in cap. contra num. 10. de pign.* asserentis teneri creditorem ob inhabitatam domum sibi oppignoratam dumtaxat ad pensionem quoad eam quantitatem, secundum quam res illa consueuit locari per ipsum debitorem. Ratio est, quia debitor ius habet dumtaxat ad illos fructus, quos consueuit afferre res illa, quam oppignorauit, nec in taxando pretio rerum attenditur qualitas debitoris, vel creditoris, sed dumtaxat valor rei secundum se, ergò secundum illos fructus, quos regularitèr reddit res illa, seu consueuit reddere, taxanda est pensio compensanda debitori per creditorem gaudentem vsu illius rei. 19

Debitor nõ habet ius, nisi ad illos fructus, quos consueuit afferre res oppignorata.

Hinc alia suboritur difficultas, an scilicet, si debitor fructus pignoris non percipiebat, nec percipere cogitabat, eo quia domum illam, nec habitabat, nec locare consueuerat, & creditor, qui rem illam oppignoratam recepit, illos perceperit, teneatur in sortem illos computare. Quidquid dixerit *Sotus de iust., & iur. lib. 6. qu. 1. art. 2. ad fin. vers. hoc autem nihilominus*, sentio, deductis sumptibus gratia fructuum colligendorum factis, & ratione industriæ fru- 20

fructus huiusmodi computandos esse in sortem *Nauarrus in man. c.17. nu.216. vers. non tamen putamus*, nisi ipse debitor saltem implicitè liberè eisdem cesserit. Ratio huius asserti esse potest, quia creditor ius non habet sibi acquirendi illos fructus, nec ex natura contractus, nec ex præsumpta Domini voluntate, nec ex conditione propriæ industriæ, ergo illos deductis sumptibus non potest sibi acquirere, sed tenetur in sortem in fauorem debitoris, qui est dominus, computare. Antecedens quoad primam partem liquet ex supradictis, nam ex pignore, qua pignus præcisè est, non acquirit creditor ius, nisi ad suam sortem tutandam per allegata iura in probatione assertionis. Quoad secundam sic euincitur, quia supponitur, quod debitor velit tales fructus sibi adscribi, nec potest esse præsumptio cessionis, vbi est expressa voluntas non cedendi. Quoad tertiam ex eo liquet, quod illi sunt propriè fructus fundi, qui ex eodem nascuntur, licet requiratur etiam industria, vndè idem Sotus contrariæ sententiæ assertor concedit, quod, si fundus sui natura non sit sterilis, sed incultus, & fiat creditoris opera, & industria cultus deductis laboribus industriæ, & expensis fructus ex eodem enascentes cedant Domino fundi, adeoque debitori *Hostiensis in summa de vsuris, §. an aliquo casu col.3. vers. 13., Lupus in cap. Nauiganti n.147. de vsuris, Coarruuias var. resol. lib. 1. cap. 3. num. 3., Nauarrus d. cap. 17. n.204. vers. potest etiam creditor*.

Ex nullo titulo creditor potest sibi illos fructus acquirere

Illi sunt propriè fructus fundi, non industriæ.

21 Inferes secundò, quod, si debitor acceperit in pignus equum, & postea eundem locauerit, pensiones eiusdem non sibi acquirat, sed debitori, cui propterea tenetur easdem in sortem assignare *Baldus in l. 1. post princip. C. de distract. pign., Angelus in l. 1. in fin. C. de pact. pign., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 8. num. 13.*, hocque euincitur *ex c.1., & 2. de vsuris, & l. 2. C. de pact. pign.*, propter easdem rationes, quibus innititur assertio.

22 Inferes tertiò, quod etiam fructus castri à domino vasallis obligati debeant in sortem computari per ea, quæ probant *Iacobus à S. Georgio in l. si quis, nec causam, §. res pignori nu. 4. ff. si cert. pet.*, quandoquidem non est aliqua regula excipiens vasallum à tali onere, cum fructus debeant cedere Domino.

Non est regula excipiens vasallum à tali regula.

23 Hic oritur difficultas, an, si vasallus habens feudum à Principe, seu domino directo acceperit ab eodem pecuniam mutuam, & eidem Domino directo feudum pignori dederit, teneatur Dominus directus fructus eiusdem feudi in sortem computare, Videtur absolutè negandum per textum *in c.1. de feud., Roman. in c.1. §. aut si libellario col. 6. vers., & prima fallentia est quib. mod. feud. amit.* præcipuè, si idem dominus directus à seruitijs sibi debitis abstineat *d. c. 1. de feudis, Abbas in c. ex suscepto n.16. de for. compet.*, quia, vt asserit *Mantica d. lib. 11. tit. 8. nu. 30. vers. item cum dominus*, perindè est, ac si feudum pignori obligatum non esset feudum, & vt addit *Immola in d. c. 1. num. 7. in fin., & n. 8. de feud.* fructus ipsi feudi cedunt Domino directo quasi in remunerationem antidoralis obligationis. Nihilominus sentiendum existimo, teneri eundem Dominum directum eosdem fructus feudi in sortem computare *Caoruuias var. resol. lib. 1. cap. 1. sub num. 4.*, non enim ex eo, quod feudum pignori detur domino directo, feudatarius desinit esse talis, nec amittit ius in eodem feudo, siquidem, si debitum soluet, pleno iure feudum ad eundem vasallum redit, sicque per talem oppignorationem dominium vtile non consolidatur cum directo; ex quo habes, verum non esse id, quod ex aduerso afferebatur, quod scilicet per oppignorationem factam Domino directo feudum habeatur, ac si non esset feudum, siquidem adhuc vasallus in idem ius retinet, quod, vt asserit *Coaruuias loc. cit.*, non plenè ponderarunt Doctores contrarium sentientes. Ad id, quod ex aduerso subdebatur, quod scilicet Dominus directus possit fructus feudi retinere, & sibi acquirere in compensationem antidoralis obligationis, dicendum est, antidoralem obligationem non obligare, nisi ex gratitudine per ea, quæ alibi fusè diximus, vndè potest iustè velle vasallus, quod huiusmodi fructus non computentur pro illa, & vbi agitur de iustitiæ debito, non potest, nec debet haberi cura de antidoralibus obligationibus. Quod, si dicas, quod pro eo tempore dominus directus se abstinet ab obsequijs sibi de iure debitis, adeoque possit fructus feudi sibi acquirere; tunc dicendum est, an ab illis abstineat ex conuentione cum vasallo, an ex propria electione; si primum asseratur, tunc dicendum est, quod hoc non proueniat ex natura talis pignoris, secundum se, sed ex pacto, quod, si sit cum æqualitate, vtique obligare potest, sed hoc est extra casum præsentis controuersiæ, non enim negauerim, quod ex aliqua conuentione seruata debita æqualitate fructus feudi possint fieri domini directi; Si secundum asseratur, non confert aliquod ius Domino directo, quandoquidem ex eo, quod ex propria libertate non ingerat seruitium personale Vasallo, cum posset iniungere, non acquirit ius in fructus eiusdem feudi. Confirmatur sensus noster ex eo, quod dominus directus ex mutuo præstito vasallo non potest sine labe vsurariæ prauitatis eum obligare vltrà sortem ad contribuendos fructus feudi, quandoquidem

Duplex sententia altera negans fructus computandos altera affirmans.

Feudatarius non desinit esse talis ex eo, quod feudum domino oppignorauerit.

Antidoralis obligatio nô obligat, nisi gratitudinem.

Rationes euincentes assertum, & eludentes contraria

dem ijdem sunt secundum se pretio æstimabiles, nec sunt aliquo iure debiti ipsi domino directo, ergo &c.

24 Ex his etiam deduces, quod, quantumuis emphytheuta obliget in pignus ob pecuniam mutuo acceptam ius emphytheuticum domino directo, non propterea possit hic fructus eiusdem sibi acquirere, sed teneatur in sortem mutui computare, cum per solam oppignorationem ius emphytheuticum non consolidetur cum dominio directo; Alias rationes deduc ex supradictis.

Idem iudicium de emphytheuta obligante res emphytheuticas

25 Quamuis autem assertio regularitèr procedat; fallit tamen in multis, & primò, quando creditor ex mora debitoris in restituendo creditum, subiaceret alicui lucro cessanti, seu damno emergenti; tunc etenim ad proportionem in compensationem talis lucri, vel damni posset tales fructus retinere, nec teneretur in sortem compensare, si debitæ seruentur conditiones per ea, quæ latè alibi dicta sunt.

26 Fallit secundò, quando creditor est maritus in ordine ad dotem propriæ vxoris sibi debitam, tunc etenim saltem ex conuentione potest fructus pignoris ob eandem sibi dati retinere, nec tenetur fructus computare, hocque ratione onerum matrimonialium, quæ tenetur sustinere iuxtà textum *in c. salubritèr de vsuris, & l. pater, ff. de dol. mal. except., Baldus Nouellus in tract. de dote part. 7. priuil. 3.* Hæc tamen, quæ hic dicuntur, verificantur dumtaxat, quando dos est debita marito viuente vxore, & eidem marito est assignatum pro eadem pignus fructiferum, non autem, quando marito defuncto restituenda est dos vxori, cui assignatum sit pignus pro securitate eiusdem; tunc etenim fructus pignoris sunt per eandem vxorem computandi in sortem, quia tunc non militat ratio onerum matrimonialium sustinendorum *Baldus in l. 1. post principium vers., & ideò si post mortem, C. de distract. pign., Mantica d. lib. 11. tit. 8. n. 20.*

Est in ordine ad onera matrimonialia

27 Fallit tertiò in creditore solito negotiari, quia tunc ratione interesse potest pacisci, quod fructus pignorum ad ratam dicti interesse sibi cedant, reliquum verò computetur pro sorte; atque hæc fallentia reducitur ad caput lucri cessantis, & damni emergentis iuxtà superiùs dicta *Paulus Castrensis in l. Iulianus, §. ex vendito nu. 3. vers. item quæro, ff. de act. empt., Salicetus in l. 2. n. 2. C. de vsuris*; ad hoc tamen, vt tales fructus cedant creditori solito negotiari, & non computentur in sortem, debet idem negotiator probare tale interesse per ea, quæ notat *Mantica d. lib. 11. tit. 8. n. 22. in fin.*

Est ratione lucri cessātis, seu damni emergentis.

28 Fallit quartò in multorum sententia in hypothesi, qua debitor iurauerit, nullum grauamen inferre creditori in bonis eidem oppignoratis, donec persoluerit. Sed hanc fallentiam de facili non approbarem, quia, quamuis ratione iuramenti debitor non posset fructus exigere, quos percepit creditor, non posset tamen creditor eos retinere, & non compensare, quandoquidem illa perceptio esset vsuraria, quam purgare non potest iuramentum a debitore præstitum, nam, sicuti præsumendum est, quod ipse debitor inuoluntariè mixtè consenserit, quod illi fructus cederent creditori, & non computarentur in sortem, ità præsumi debet, quod inuoluntariè mixtè addiderit illud iuramentum.

Iuramentum non tollit vsurariam prauitatē

Fallit quintò, vt fructus pignoris non sint in sortem computandi, si creditor pro custodia magnos subeat labores per ea, quæ varijs Doctoribus allegatis probat late *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 8. n. 27.*, quod etiam applicari potest castro per Principem pro debito oppignorato, si illi retineantur pro sumptibus custodiæ per ea, quæ latè probat *Raphael Cuman. cons. 19. num. 3. vers. ad secundum*, non enim potest esse dubium, quin labores, & expensæ in custodia eiusdem castri sint pretio compensabiles per oppignorantem. 29

Assertio V. Pactum initum inter creditorem, & debitorem, vt, si hic conuento tempore debitum non soluerit, pignus intelligatur venditum, & quoad dominium translatum in creditorem, subsistere potest, si fiat adæquatio inter valorem eiusdem pignoris, & pretium, quod pro eodem persoluitur *Azorius 3. part. instit. mor. c. 7. n. 10., Filliucius tract. 38. c. 9. num. 182., Ognate d. tract. 20. disp. 59. sect. 5. per totum.* 30

Expressè habetur assertio in textu *in l. si fundum, §. potest ità fieri, ff. de pignoribus*, vbi sic legitur. *Potest ità fieri pignoris datio, hypothecaue, vt si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iusto pretio æstimandum tunc, hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, & ità Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt*, & quidem rectæ rationi innititur hæc decisio, & assertio, quandoquidem seruatur proportionata qualitas inter rem, & rem, seu inter mercem, & pretium, nec vlla est repugnantia, nec ex natura contractus, nec ex dispositione iuris, quod hic, & nunc fiat conuentio inter contrahentes; vt, si euenerit aliqua conditio pro certo tempore, maxime, si hæc dependeat ex culpa alteriùs contrahentis, ex nunc pro tunc intelligatur facta venditio, & emptio.

Iura, quibus assertum innititur.

Dixi, *si fiat adæquatio inter valorem eiusdem pignoris, & pretium, quod pro eodem persoluitur*, nam, si conuentio esset, quod debitore non soluente intrà determinatum

tem-

tempus pignus intelligatur absolutè venditum creditori pro valore crediti, quod habet aduersùs debitorem, & valor iste sit longè inferior ipso pignore, seu pignus ipsum sit inferius valore crediti, certum esset, quod in primo illa emptio esset vsuraria, in secundo, quod venditio esset iniusta.

Venditio debet intelligi facta ad valorē pignoris, non ad proportionem crediti.

Ratio primæ partis est, quia ex sola temporis dilatione in restituendo creditor exigeret aliquid pretio æstimabile supra sortem, nempè illum excessum, quem dicit pignus supra valorem crediti, ergo illud pactum esset absolutè vsurarium, quandoquidem vsura omni iure prohibita in alio non consistit, quam in exigentia alicuius pretio æstimabilis supra sortem ex sola temporis dilatione. Ratio secundæ partis in eo consistit, quia in illa conuentione non salueretur æqualitas requisita ad iustitiam commutatiuam, quandoquidem debitor minus refunderet, quam teneretur soluere.

Hic oritur difficultas, an, si facta fuerit conuentio, quod debitore nō soluente intrà statutum tempus pignus habeatur pro vendito in fauorem creditoris ad valorem eiusdem pignoris, hic valor sumendus sit pro tempore, quo pignus traditum sit creditori in vim pignoris, an verò pro tempore, quo non soluto debito tempore cōuento pignus in vim emptionis etiam quoad dominium transfertur in creditorem. Difficultas dirimenda est iuxtà pacta, & conuentiones contrahentium; vel enim contrahentes ipsi dixerunt expresè, quod valor sumendus sit pro tempore, pro quo in vim pignoris res traditur, vel pro tempore, quo non soluto debito effectuatur venditio, vel nihil penitus dixerunt de tempore quoad talem valorem; si secundo modo conuenerint, tunc adhuc distinguendum est, vel enim est æqualis spes, & periculum, quod pro tempore, quo effectuabitur venditio, & emptio ratione debiti tempore conuento non per soluti, & tunc cum æqualis sit vtriusque contrahentis conditio, non reprobarem tale pactum, cum spes cum periculo æqualitèr commensuretur; vel enim non est æquale periculum deteriorationis, & spes augmenti, sed maior spes augmenti, nullumque, vel modicum periculum deteriorationis, & tunc tale pactum absolutè improbarem, quia creditor vltrà sortem exigeret aliquid secundum se pretio æstimabile, nempè illum excessum valoris, qui probabilitèr speratur; si primo modo conuenerint, tunc licitum est pactum, quia pro eo tempore pretium taxatur, pro quo res transfertur quoad dominium in emptorem, & cum tunc seruetur æqualitas, non est, cur tale pactum sit improbandum, cum sit conforme naturæ contractus; si tandem nihil dixerint, tunc valor sumendus est pro tempore, pro quo res intelligitur empta;

Et quidē ad valorē pignoris, non secūdum pacta contrahentium.

Et regularitèr ad valorem, quem pro tempore, quo intelligitur vendita.

hocque infertur *ex d.l.si fundus, §. pot est ità fieri, ff. de pign.*

31 Assertio VI. Regularitèr in pignoribus pactum legis commissoriæ, vt iniustum est reprobandum. *Couaruuias 3.var.resol., Negusantius de pig.part.4.princip. num.2., Siluester verb.pactum qu.14., Nauarrus in summa cap.17.num. 203., Vasquez de pignor. cap.4. num.8., Mantica de tacit., & ambig.conuent. lib. 11. tit. 9. num. 3.*

Iura reprobantia huiusmodi pactum.

Expresè habetur assertio *in l.1.§.fin.C.de pact. pign.*, vbi expresè sic legitur. *Quoniam inter alias emptiones præcipuè commissoriæ pignorum legis crescit asperitas placet, infirmari eam, & imposterum omnem eius memoriam aboleri &c.* Hoc idem habetur in iure canonico *in c. significante de pignor*. Ibi. *Cum igitur pactum legis commissoriæ in pignoribus sit improbatum*.

Rationes quibus innituntur iura.

Ratio autem assertionis, & iurium allegatorum ea est, quia huiusmodi pactum maximè fomentum præbet vsuris, quando quidem, cum regularitèr pignus, quod confertur in securitatem crediti, sit longè, maioris valoris, quam sit ipsum creditum, ex tali pacto consequeretur in casu non solutionis dicti crediti illum excessum, quem importat pignus suprà valorem sui crediti, quod certè vsurariam redolet prauitatem.

Dices, pactum legis commissoriæ in iure admittitur in contractibus emptionis, & venditionis *l.1.ff de lege commiss., & l.commissoria, C.de pact. inter empto, & vendit.* item in censu feudali, & pensionibus *l. Callipodius, ff.de solut. l.si crediderit, §. fin.ff.de distract.pign., Cinus l.fin. verf.2. quæri, C.de pactis pig.*, ergo etiam debet admitti in contractu pignoris. Sed contrà varias rationes discriminis assignant Doctores; placet præ 32
cæteris prima, quam adducit *Negusantius de pign. part. 4. princip. nu. 2.*; quia scilicet venditio regularitèr fieri solet pro iusto pretio, quod, si quandoq; aliter contingat, hoc est contra naturam eiusdem contractus, & iura respiciunt id, quod regulare est, & conforme naturæ contractus, non id, quod quandoque per accidens contingit, & est deforme naturæ eiusdem contractus *l. nam ad ea, ff. de legibus* sicque iura approbant in huiusmodi contractibus talem legem commissoriam, cum per illam regularitèr nulla inducatur inæqualitas, nullaque læsio venditoris; oppignoratio verò regularitèr fieri solet cum inæqualitate pignoris ad creditum, pro quo datur, quinimmò regularitèr in pignus non accipitur, nisi id, quod longè in valore excedit ius, pro quo datur, adeoque iura attendentia ad id, quod regularitèr euenit, vetarunt in huiusmodi contractu pactum legis commissoriæ.

Cur pactum legis commissoriæ admittatur in emptione, & venditione, alijsq; contractibus, non sic in pignore.

Oppignoratio regularitèr fieri solet cum inæqualitate.

Ea, quæ dicta sunt, non sunt restringenda præcisè ad pactum dictæ legis commisso-

missoriæ, quando pignus datum est præcisè ex causa mutui, sed etiam sunt extendenda, quando pignus datur ex quacumq; alia causa, quod elicitur *in l. fin. C. de pactis pign.*, quæ vtpotè generalitèr procedens non est restringenda ad vsus particulares iuxta textum *in l. 1., §. generalitèr, ff. de leg. præst.* Extende vlterius, vt tale pactum etiam reprobetur, quando pignus constitutum esset in fauorē mulieris creditricis pro restitutione suæ dotis, prout videtur deduci ex *l. quamuis alias incipit Callipodius, ff. de solut.* Extende item in casu, quo tale pactum esset iuramento confirmatum, *Coaruuia in cap. quamuis pactum part. 2. §. 3. n. 3. de pactis lib. 6., Abbas in d. c. significante in 3. notab. de pign., Negusantius de pignoribus part. 4. princip. nu. 3., & 4., Corneus cons. 133. viso copiosè lit. G. vol. 1.* Ratio autem huius extensionis ea est, quia huiusmodi iuramentum vtpotè fomentum præbens vsuris videtur expressè esse contra bonos mores, adeoque non obligat, vndè expressè hoc iuramentum in pacto legis commissoriæ quoad pignus reprobatur *in d. c. significante de pign.* Extende item in casu, quo huiusmodi pactum legis commissoriæ esset consuetudine iam firmatum, quandoquidem consuetudo, quæ est contra bonos mores, est potius corruptela, quam consuetudo admittenda *c. 3., & c. venerabilis, & c. ex parte de consuet.*

Extensiones variç, in quibus etiam refutatur tale pactum.

Iuramētum in pacto legis commissoriæ quoad pignus reprobatur

Dixi, *regularitèr*, non enim negauerim in aliquibus casibus huiusmodi pactum, etiam in pignoribus non reprobari, quos latè enumerat *Negusantius de pign. d. quarta part. princip. n. 6., & seq., & Mantica de tac., & ambig. conuent. l. 11. tit. 6. per totum*. Singulos enumero.

33 Primus est, quando tale pactum legis commissoriæ non est adiectum in constitutione eiusdem pignoris, sed postea ex interuallo *Bartolus in d. l. quamuis in 2. opposit. ff. de solut., & in l. Titius, ff. de pign. act., Negusantius loc. cit., Mantica item loc. cit. nu. 2.*, qui etiam alios plures concordantes refert. Rationem discriminis adducit idem *Bartol. in dict. l. Titius, ff. de pign. act.*, consistentem in eo, quod tale pactum constitutum ex interuallo pro constitutione pignoris non potest esse cum præsumptione rationabili vsurarum, seu conuentionis inuoluntariæ mixte, sicuti est, quando tale pactū adijcitur in ipsa constitutione pignoris, seu contractus, quia quando debitor, dum indiget, ad eam obtinendam probabile est, quod faciat quodcunq; pactum, quod probabile est, quod non faceret necessitate cessante, seu post quam obtinuit pecuniam qua indigebat. Crediderim tamen, quod, si pignus in valore multum excederet creditum, adhuc iniustum esset tale pactum, quia esset cum inæqualitate, prout asserit etiam *Tiraquel. de retract. conuent. in fin. num. 134. Coaruuias var. resol. lib. 3. c. 2. n. 8. vers. 3. hinc etiam probatur*.

Cessaret præsumptio vsurarum.

Secundus est, quando tale pactum legis commissoriæ non absolute adijceretur, sed limitatè, quatenus scilicet, si debitor non persoluerit conuento, & determinato tempore, pignus ipsum cedat in solutum creditori, sed iusto pretio. Hoc colligitur *ex l. 1. C. de pact. pign., & l. si fundus, §. vlt. ff. de pignor., Deci. cons. 12., & consil. 308. in casu ad nos transmesso nu. 2., & seq., Parisius cons. 81. num. 28., & seq. lib. 2.*, quia sicuti liberum est debitori absolutè vendere iusto pretio pignus ipsum, ita eidem liberum est, ipsum obligare, vt cedat in solutum in constitutione pignoris, si debitum, pro quo constitutum est, tempore conuento non persoluatur; Nec in hoc, aliquod iustitiæ repugnans inuenio. Accedit, quod datio in solutum vicem emptionis obtineat *l. si prædium, C. de euict., & l. elegantèr in princip. ff. de pignor. act.*, lex autem commissoria per allegata iura in contractibus emptionis, & venditionis admittitur. 34

Datio in solutum vicem emptionis obtinet.

Tertius casus est, quando huiusmodi pactum non esset initum inter creditorem, & debitorem, sed inter debitorem, & fideiussorem, prout habetur *in l. fin. in princip., & ibi Bartolus, ff. de contrah. empt., Abbas in c. significante n. 9. de pignor.* Intellige tamen, si seruetur æqualitas inter pignus, & debitum, tunc etenim cessat quæcunque præsumptio vsurariæ prauitatis. 35

Quartus casus ille est, quem multi referunt, & approbant in fauorem dotis, quando scilicet mulier, vel socer promisit dotem marito in pecunia, & dedit in pignus fundum cum pacto, quod, si pecuniam dotis, quam promisit pro certo, & determinato tempore non tradat, fundus ille sit in dotem datus *Baldus in c. 1. de feud. da.* in vim legis commissoriæ, & habetur *in l. ità constante, ff. de iur. dot.* Ratio autem, cur tale pactum subsistat in dote, non sic in alijs pignoribus, ea est, quam adducit *Baldus Nouellus in tract. de dot. part. 6. in princip. priuil. 53.*, quod scilicet finis, ob quem improbatur pactum legis commissoriæ in pignoribus, est, quia debitor pro habenda pecunia, cuicunque pacto etiam sibi noxio indulgeret, qui finis non militat in promissione dotis, in qua promittens non indiget pecunia, sed dilatione, tum quia tale pactum in causa dotis non tendit ad merum lucrum mariti, sed etiam in fauorem mulieris, quod non euenit in alijs creditoribus; sed an hoc subsistant alibi fusè debemus. 36

†††††

DIS-

DISQVISITIONES I.

A prima ad quartam prænotionem inclusiuè.

§. I.

De Præscriptione, tàm in pignore, quàm in hypotheca.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ, cum suis rationibus dubitandi. 1.

Discrimina inter actionem pignoratitiam, & hypothecariam. 2.

Potest currere præscriptio, tàm aduersus hypothecariam, quàm aduersus pignoratitiam. 3.

Non eodem modo currit præscriptio in hypothecaria, ac in pignoratitia. 4.

Debitor non potest præscribere aduersus creditorem in ea parte, in qua creditor pignus habet, benè tamen in ea, in qua habet præcisè hypothecam, si hypothecaria non egerit. Ibid.

Ad præscribendum quoad creditorem in hypothecaria, quoad ius ciuile, si res possideatur à debitore, requiritur spacium quadraginta annorum. 5.

1 DIsquisitio I. Inito contractu inter Caium, & Meium, ex quo Meius factus est debitor centum aureorum erga Caium pro parte debiti constituit pignus in mobilibus pretiosis, pro parte hypothecam in fundo immobili in fauorem eiusdem Caij creditoris. Non nisi post diutinum tempus, quinimmò post multos, & multos annos agere contendit Caius hypothecaria, & pignoratia aduersus bona sibi per Meuium obligata, aduersus quem excipiebat Meuius, seu eius hæredes de legitima præscriptione dictæ hypothecariæ, & pignoratitiæ actionis. Hic multiplex excitatus fuit articulis discutiendus. Primus, an aduersus hypothecariam actionem currere possit præscriptio. Secundus, an æque contra hypothecariam, ac contra pignoratitiam. Tertius, ex suppositione, quod in ijs currere possit præscriptio, quantum temporis requiratur ad legitimè præscribendum.

Articuli, qui excitentur circà factum.

2 Pro maiori huius disquisitionis claritate, & difficultatis faciliori solutione aduerte discrimen, quod intercedit inter actionem pignoratitiam, & hypothecariam, quod multiplex est, vt latè explicauit à Negusan. *de pign. memb. 1. part. §. 7. per totum*, & præcipuè vtramq; actionem in tribus differre asserit *Bartolus in l. si cum venderet, ff. de pignor. act.*, & primò in natiuitate, quatenus hypothecaria solo contractu contrahitur *l. si tibi decem, §. de pign., & ibi Bartol. ff. de pactis*; pignoratitia non solo consensu sed etiam rei interuentu, *§. fin. instit. quib. mod. re contr. obligat.*, ex quo deducit idem *Bartolus in 1. constit. eorum, §. tertij*, quod pignoratitia non detur debitori aduersus creditorem, nisi pignus re traditum sit creditori, vel saltem fingatur traditum. Secundò in vtilitate, quatenus in pignoratitia datur directa, & contraria, directa debitori ad redimendum pignus, contraria creditori ad retinendum pignus pro expensis factis in pignore, *l. si necessarias in princip. ff. de pign. act.*, in hypothecaria detur solummodò creditori ad habendum pignus. Tertiò in duratione, quatenus ad præscribendum plus temporis requiritur in pignoratitia, quam in hypothecaria, prout infrà dicemus. Hic pro notitia prænotatis.

Hypothecaria consensu, pignoratio etiam re contrahitur.

Respondeo primò, quod possit currere præscriptio, tam aduersus hypothecariam, quam aduersus pignoratitiam. *Negusant. de pign. memb. 2. partis 6. num. 1., & seq., & n. 19., & seq.*, vbi, cum inquirat, quantum tempus requiratur ad præscribendum in huiusmodi actionibus, vtique supponit in ijs posse currere præscriptionem, frustrà enim inquireretur tempus ad præscribendum, si non posset esse præscriptio. *Ruinus cons. 17. nu. 7. lib. 1., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. num. 29., Ognate tract. 20. disp. 61. sect. 1. num. 11.* Hocque euinci potest ex textu *in l. cum notissimi in princip. ff. de praescript. 30. annor., & l. omnis, ff. eod.*, vbi asseritur, quod quodcunque debitum, & actio possit præscribi; nec in hoc diutiùs immorandum. 3

Respondeo secundò. Non eodem modo currit præscriptio in hypothecaria, ac in pignoratitia aduersus creditorem, sicque Meuius non potest aduersus Caium præscribere in parte, in qua ipse Caius pignus habet, benè tamen in parte, in qua habet præcisè hypothecam, si hypothecaria non egerit *Negusantius de pign. membr. 1. primæ partis n. 5.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod, cum ipse Caius creditor pignus apud se retineat, non potest ei computari, quod hypothecaria non egerit; ad quid enim agere ad acquirendum id, quod iam tenet penes se? Actio certè est ad acquirendum, quomodò autem potest acquirere, quod iam possidet? Ratio secundæ partis ex euincitur, quod, cum agere posset hypothecaria, & non egerit tempore congruo eadem ratione debitor ius acquirit, quà acquirit possedens in cæteris rebus alienis, sicut igitur possessor bonæ fidei in alijs rebus 4

Diuersũ iudicium in actione hypothecaria, & pignoratia.

Non agitur ad acquirendum, vbi iam ius est quæsitum.

bus supposita sufficienti temporis continuatione requisita ad præscribendum legitimè præscribit per ea, quæ alibi dicta sunt, & præcipuè *tom. 1. sub tit. Contractus 1. de contract., vt sic prænot. 3.*, ità non est, cur non possit præscribere debitor aduersus actionem hypothecariam creditoris, si legitimum tempus intercesserit ad præscribendum.

Respondeo tertiò, ad præscribendum contra creditorem in hypothecaria quoad ius ciuile, si respondetur à debitore, requiritur spatium quadraginta annorum. *Negusantius de pign. memb. 1. part. 1. num. 5.*, quod etiam latè probat *secundo membro sextæ part. n. 2.* Hæc responsio elicitur ex textu *in l. 1. §. 1. C. de annal. except.*, vbi sic legitur, *solæ hypothecaria actione quadraginta annorum vtente curriculis*, vbi est sermo de hypothecaria contra debitorem competente, vt ibi *Glos. in verb. hypothecaria*. Hoc idem clarè euincunt *Glos. Bald., & Salicet. in d. l. cum notissimi*.

Dixi, *quoad ius ciuile*, secundum quod extante tali temporis curriculo regularitèr quæcunque iura, & actiones præscribuntur, quantumuis possessio fuerit cum mala fide, per ea, quæ dicta sunt *dict. tom. 1. sub tit. Contract. 1. de contract., vt sic prænot. 3.* Cæterum secundum ius canonicum, quod attendendum est in concernentibus salutem animę nulla procedit pręscriptio, nisi absit mala fides iuxtà *not. in c. fin. de præsumpt., & in reg. possessor. de reg. iur. in sexto*, & iuxtà hoc ius canonicum, neque debitor, neque eius hæres possunt præscribere, quia regularitèr præsumuntur in mala fide.

Hæc procedunt de præscriptione debitoris aduersus creditorem in hypothecaria, si enim supponamus, quod res hypothecata creditoris fuerit apud tertios possessores; tunc videndum erit, an hi possessores habuerint causam à debitore, an verò ab alio; si habuerint ab alio, & fuerint in bona fide præscribunt iuri hypothecę, quod habet creditor in dicta re spacio annorum decem inter præsentes, & viginti inter absentes iuxtà textum *in l. 1., & 2. C. si aduers. credit. lib. 7., Negusantius de pign. memb. 2. part. sexta num. 1.*, si verò habuerit causam à debitore, tunc dictus tertius possessor quousque viuit debitor, non potest præscribere, nisi spacio quadraginta annorum, mortuo verò debitore, si intendat præscribere post eius mortem, præscribet spacio triginta annorum, quod etiam verificatur in iure canonico, si sit in bona fide, quia stat simul, quod quis habeat causam à debitore, & ignoret de hypotheca primi creditoris.



---

§. II.

Quomodò currat præscriptio actionis pignoratitiæ quoad ius offerendi.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ, & excitantur articuli examinandi. 1.

Creditor non nisi spacio triginta annorum præscribit contra ius offerendi debitoris. 2.

Ad præscribendum contra actionem directam pignoratitiam debitoris, postquam orta est per solutionem factam creditori, requiritur spacium triginta annorum. 3.

Explicatur quomodò possit esse præscriptio contrà pignoratitiam actionem cum mala fide creditoris. 4.

Sublata pignoratitia per præscriptionem posset adhuc debitor agere rei vendicatione ad repetendum pignus. 5.

Disquisitio II. Contigit, quod Franciscus inito contractu cum Andræa cum eodem etiam contraheret debitum ducentum aureorum; in cuius securitatem obtulit, & contulit Andreæ eidem pignus maioris valoris, ac esset debitum. Hoc posito duæ efformari possunt suppositiones. Prima, quod creditor detinuerit spatio triginta annorum, & vltrà pignus sibi delatum, & Andræas sciens ius sibi competere ad offerendum debitum per dictum spacium non obtulerit. Secunda, quod debitum, ob quod contulit pignus, persoluerit, nec tamen rem oppignoratam recuperauit. Secundum hanc duplicem suppositionem duplex oritur difficultas. Prima est, pro quantonam tempore actio pignoratitia quoad ius offerendi præscribatur. Secunda etiam, pro quonam tempore præscriptione tollatur actio pignoratitia directa debitoris. Pro solutione. 1

Aduerte primò pignoratitiam actionem quamuis oriatur ex contractu dudum iam inito, & celebrato supposita etiam traditione pignoris facta creditori non incipiat tamen quoad effectum, nisi quando est solutum, & satisfactum creditori prout expressè habetur in textu *ita l. si rem alienam §. omnis, ff. de pign. act.*, vbi sic legitur. *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum, vt nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum*, quod idè habetur, *§. fin., & ibi Glosa instit. quib. mod. re contra oblig.*, quod etiam expressis verbis declarat *Bartolus in d. l. si rem alienam, §. omnis, ff. de pign. act.*, & sic contrà pignoratitiam actionem incipit currere præscriptio, quando

Pignoratitia actio quoad effectum non incipit, nisi post solutum debitum.

dò quoad effectum incipit talis actio per solutionem, seu satisfactionem debiti, prout habetur *in l. 1. in fin. C. de annal. except.*

Actio pignoratitia debitoris aduersus creditorē quoad ius offerēdi ante ortam pignorationem non incipit.

Aduerte secundò, actionem pignoratitiam debitoris aduersus creditorem quoad ius offerendi incipere ante ortam pignoratitiam, sicque incipit currere præscriptio contra tale ius offerendi ante talem actionem, quandò competit iure actionis, quia scilicet pignus traditum est creditori *Glosa, & Doctores, si l. cum notissimi, §. eod. iur., C. de præscript. 30. annor.*, *Bartolus in l. si pignori in princip. ff. de vsucap., & in d. l. si rem alienam, §. omnis, ff. de pign. act.* hocque est, quod asserit *Paulus de Castro in cons. 294. Ego Paulus;* nec incongrua certè ratione, quia, cū sit in potestate debitoris offerre, & non offert, in causa est, quod non oriatur pignoratitia actio directa, sicque elapso tempore apposito ad præscribendum non est, cur non currat præscriptio aduersus ius offerendi, adeoque etiam aduersus pignoratitiam actionem. His pro notitia suppositis.

2 Respondeo primò. Creditor, nempè Franciscus non nisi spatio triginta annorum præscribit contra ius offerendi debitoris, adeoque contra pignoratitiam actionem, ne consurgat post talem terminum *Negusantius de pign. memb. 2. sextæ partis num. 23.* Ratio autem huius responsionis ea esse potest, quam adducit *Glosa in d. l. cum notissimi, §. eodem iure, C. de præscript. 30. annorum in verb. opponere tenetur*, quia, vbi potest esse actio debitoris aduersus creditorē, potest esse eiusdem præscriptio aduersus illum, quia vbi potest esse actio, potest etiam esse exceptio, sed respectu debitoris potest esse actio, quia, vt asserit eadem *Glosa ibidem*, cum debitor possit facere, vt possit, scilicet agere pignoratitia soluendo, iam posse facere videtur *l. qui potest, ff. de reg. iur. l. si finita, §. postea autem, ff. de damn. infect.* Neque in hoc audienda est *Glosa in d. l. cum notissimi in addit. C. de præscript. 30. annorum*, dum dixit, quod, quando ius offerendi competit debitori per modum facultatis, quatenus scilicet possit debitor offerre debitum, & pignus releuare, nunquam possit præscribi contra talem facultatem, sicuti non potest præscribi contra facultatem eundi per viam publicam iuxtà textum *in l. viam publicam, ff. de via publ.* Non, inquam, audienda est, quia nulli fundamento innititur talis Glosa, nec paritas eundi per viam publicam quidquam euincit, quandoquidem, cum illa sit destinata ad vsum publicum, quotiescunque perseuerat in illo statu, semper interpellat pro tali vsu, adeoque semper interrumpit præscriptionem, quod non militat in facultate iuris offerendi respectu singularis debitoris.

Vbi potest esse actio potest præscriptio.

Reijcitur glosa asserens ius offerendi per modū facultatis non posse præscribi

Quod autem huiusmodi ius offerendi præscribi possit termino triginta annorum euincitur ex *Glosa in d. l. cum notissimi, §. eod. iure, C. de præscript. 30. annorum*, vbi quoad temporum computationem idem statuitur quod in præcedentibus paragraphis, in quibus solus terminus annorum triginta assignatur, nec in ordine est specialis ratio diuersitatis quoad tempora constituenda.

Respondeo secundò, ad præscribendum contra actionem directam pignoratitiam debitoris, postquam ista est per solutionem, vel satisfactionem factam creditori, non sufficit spacium decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, sed absolutè requiritur spatium triginta annorum, ante quod dictus Franciscus creditor non potest se munire præscriptione *Negusantius de pign. dict. memb. 2. part. 6. num. 20., Glosa, Baldus, & Salicetus in l. nec creditoris in Glos. 3. C. de pignor. act.* Rationem adducit *Negusantius qui suprà*, quia talis actio pignoratitia est actio personalis, quod latè probat *membr. 2. part. 7. num. 1.* per textum *in l. fin. C. de distract. pign.*, vbi dicitur, quoad actio pignoratitia est actio in personam, non rem, hocque sustinet *Bartolus*, *& alij in l. pign. C. de pignor.*, sed aduersus actiones personales non præscribitur termino annorum decem inter præsentes, & viginti inter absentes, sed longiùs requiritur scilicet triginta saltem annorum per textum *in l. neque mutui, C. quib. non ob. long. temp. præscript.*, ergo &c. De hoc infrà vberior erit sermo. 3

Actio pignoratitia est actio personalis.

Actio personalis non præscribitur, nisi termino triginta annorum

4 Hic oritur difficultas in explicando, quomodo subsistere possit præscriptio contra pignoratitiam actionem, cum creditor habeat scientiam rei alienæ, adeoque sit in mala fide, non quidem quoad detentionem, cum hoc sit de consensu debitoris, sed quo ad intentionem præscribendi supposita tali mala intentione. Si responderetur, hoc procedere dumtaxat de iure ciuili, secundum quod supposito lapsu temporis à iure præfinito procedit etiam præscriptio cum mala fide per alibi allegata, non de iure canonico, à quo mala fides in præscriptionibus reprobatur, esset responsio conformis superiùs dictis. Si vlteriùs diceretur procedere difficultatem, quando ageretur de præscriptione dominij directi, non autem actionis hypothecariæ, seu pignoratitiæ, hoc videretur quasi conforme textui *in auth. malæ fidei, C. de præscript. long. temp.*, & ibi probatur *in vers. si Dominus*, & ibi tenent *Iacobus de Aret. Cinus*, *& Angel. de Aret. in § sed instar, in 8. fallent., Instit. de act.*, *Alexander in l. Pomponius, §. 1. col. in 6. fallent. de acquirend. possess. 8.*, *Alexander cons. 83. viso processu num. 15., & cons. 220. ponderatis his in princip. vol. 6.* Si tandem diceretur, quod hoc procedit, quando aduersus eum, cui competit actio, intentaretur præscriptio per creditorem, quia

Explicatur, quomodo subsistere possit præscriptio contra pignoratitiā actionem cum mala fide creditoris.

mala fides præscribere volentis aduersus eum, cui competit actio, impedit præscriptionem, secus quando intentaretur præscriptio aduersus eum, cui nulla actio competit, vt euenit in hypothesi, de qua loquimur, erit conforme ijs, quæ scribit *Petrus de Ancharano in c. sine possessione col. 10. de reg. iur. in 6.*, *Socin. cons. 63. in caus. vertente inter dominam Catharinam col. 3. ver. præterea Corn. cons. 206. circa thema col. 2.*

Vlteriùs oritur hic difficultas, an in hypothesi, qua supponitur sublata pignoratitia per præscriptionem, posset adhuc agere debitor rei vendicatione ad repetendam rem pignoratam. Respondendum est, vtique posse sic agere *Glosa in l. 1. §. 1. in verb. pro socio in fine, C. de ann. except.*, quod *Negusantius d. 2. memb. 6. partis num. 24.*, asserit eidem debitori competere non solùm ex primæua actione eidem competente ex dominio, quo gaudebat, antequam rem hypothecæ subijceret, sed etiam ex actione ratione dominij, quod eidem superuenit mediante præscriptione causata ex persona creditoris, quia, quousque creditor possedit, debitor præscripsit media illius possessione, vt colligitur *ex l. serui nomine, ff. de vsucapionibus*. Sed quomodo possit agere rei vendicatione offerendo creditori debitum, latè explicat *Angel. de Aret. in §. actionum instit. de act. col. 23. in glos. in verb. pignor.* quem tu consule.

---

§. III.

An hypotheca generalis porrigatur ad bona hæredis vltrà vires hæreditatis.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ, & rationes dubitandi. 1.

Actio hypothecaria creditoris non extenditur ad bona hæredis vltrà vires hæreditatis. 2.

Euincitur etiam paritate rationis. 3.

1 Rationes circa quas versatur titulus.

DIsquisitio III. Contraxerat Caius in fauorem Theodorici sui creditoris expressam generalem hypothecam in omnibus suis bonis, deindè instituto sibi hærede Caio suo vnigenito decessit. Adiuit hæreditatem Patris Caius, sed cum in dicta hæreditate non essent tot bona, quot sufficere possent ad sanandum debitum, pro quo per suum prædecessorem contracta fuerat hypotheca generalis, Theodoricus contendebat cautionem sibi sumere in bonis eiusdem Caij filij, & hæredis, quæ aliundè habebat castrensia, vel quasi castrensia, vel aliundè acquisita, quæ licet fuerint viuente Patre sub ipsius administratione, quoad proprietatem tamen, & dominium pertinebant ad eundem Caium filium, & mortuo patre pleno iure etiam cum administratione transierunt ad eundem filium. Hic iam quæritur, an actio eiusdem Theodorici creditoris extendi possit ad bona eiusdem Caij filij, quæ aliundè habuit, quam à Patris hæreditate.

Respondeo, actionem hypothecariam Theodorici creditoris non posse extendi ad bona Caij hæredis vltra vires hæreditatis. *Ognate tract. 20. de pign. disp. 16. sect. 2. n. 38.*, *Glosa, & Bartolus in l. Paulus, ff. de pign.* Expressè colligitur responsio *ex d. textu in l. Paulus*, ibi sic legitur. *Paulus respondit, generalem quidem conuentionem sufficere ad obligationem pignorum, sed ea, quæ ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab hærede eius ex alia causa acquisita sunt, vendicari non posse à creditore testatoris*; neque dicas, hunc textum procedere dumtaxat, quando defuncto testatore postea hæres acquirit, non autem quando viuente testatore fuerunt acquisita, præcipuè, si huiusmodi bona fuerint sub administratione eiusdem tanquam bona, vel aduentitia, vel profectitia; contra enim impugnaberis, quia eadem ratio, quæ eximit ab hypotheca huiusmodi bona post mortem testatoris acquisita per hæredem, eximit etiam ab eadem bona antecedentèr ad mortem illius acquisita, quandoquidem, siue antecedentèr, siue subsequenter acquisita, non intelliguntur fuisse in bonis testatoris, quæ propterea non poterat hypothecæ subijcere; quod deindè fuerint sub administratione illius, dum viueret, non auget aliquod ius in ordine ad hypothecam in fauorem creditoris, quandoquidem administratio simplex non confert ius hypothecandi bona alterius, cum non habeat ius reale in illis.

2 Iura, quibus innititur responsio.

Administratio simplex non confert ius hypothecandi.

Probatur secundò responsio paritate. Maritus subijcens omnia bona sua hypothecæ non intelligitur obligare bona dotalia, quantumuis pro tempore, quo hypothecam in omnibus suis bonis constituit, habeat administrationem eorundem bonorum dotalium *l. vni §. cum lex, C. de rei vxor. act. instit. quib. alien. lic. in fin. princip.*, *Baldus ex l. si constante, §. si maritus n. 1. versic. 2. not. ff. solut. matrim.*, ergo nec pater per generalem hypothecam obligans omnia sua bona obligare intelligitur bona, quæ sunt propria filij, quantumuis habeat, dum viuit, illorum administrationem. Consequentia tenet, quia æquè non sunt bona patris bona filij, sicuti non sunt bona mariti bona dotalia vxoris, tum quia saltem fictione iuris maritus videtur habere maius ius in bonis dotalibus, ac habeat in bonis filij, quorum dumtaxat habet administrationem, non proprietatem, quia, quamuis res

3 Maritus subijcēs omnia sua bona hypothecæ nō intelligitur eidēs subijcere bona dotalia vxoris.

dotales naturalitèr, & verè intelliguntur esse in dominio vxoris per textum *in l. in rebus, C. de iur. dot.*; subtilitate tamen iuris constante matrimonio in maritum transeunt *l. Lucius, §. idem respondi, ff. ad municip.* Accedit, quod, quamuis res dotales transeant in maritum, quia tamen sunt obnoxiæ restitutioni, non possunt generalitèr cum bonis mariti hypothecari per eandem *l. in rebus, C. de iure dot.*, ergo etiam, cum bona filij sint obnoxia restitutioni, non poterunt per patrem simul cum proprijs bonis obligari; præcipuè cum ex natura sua non veniant in tali obligatione, cum non sint bona obligantis, nec ex præsumpta eiusdem obligantis intentione.

---

§. IV.

An vna res subiecta hypothecæ pro alia sit hypothecata.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series, & secundum duplicem sensum examinanda proponitur. 1.

Creditor consequitur suam veram hypothecam in aurum exhibitum, non in auricalcum collatum. 2.

Creditor, si verè in corpus consenserit, non habet obligatum, nisi auricalcum, habet tamen actionem pignoratitiam contrariam ad verum aurum, & vlteriùs ad pœnam stellionatus. 3.

Pœna stellionatus non est ordinaria, sed arbitraria Iudici. 4.

1 Facti series in suis terminis.

DIsquisitio IV. Contractum quendam inierant inter se Theodoricus, & Fabius, ex quo, cum resultaret debitum aduersus Fabium, ipse in pignus pro debito verum aurum ostendit, & de eo fuit conuentum, quod cederet in vim pignoris, sed postea fuit traditum auricalcum, vel fortè etiam auricalcum obtulit, & contulit affirmans esse verum aurum. Hic duplex oritur difficultas. Prima est, an in prima hypothesi oblationis, seu ostensionis auri, & collationis auricalchi pro illo auricalchum collatum sit obligatum, an verò aurum ostensum, & exhibitum. Secunda est, an, cum auricalchum fuerit exhibitum simul, & collatum, creditor in illo debeat sistere, an verò possit agere ad verum aurum sibi in pignus conferendum.

Ratio difficultatis quoad primam partem ex eo videtur consurgere, quod habetur *in l. 1. ff. de pignor. act., & ibi Glosa, & Bartolus*, vbi dicitur in immobilibus in hypotheca presè contractum solo consensu perfici, in pignore autem, seu in mobilibus nonnisi eo tradito, quod benè explicat *Glosa ibid. in verb. pignus*. Ibi-*Item nota, quod impropriè ponitur pignus, quando non est traditum creditori*, quod probat per textum *in §. item seruiana instit. de actionibus*, quod idem repetit *in verbo traditione*, vbi habet, non constitui pignus per solam traditionem sine consensu, sed per traditionem interuenientem simul cum consensu; ex quo rectè deducitur, quod, si verum aurum traditum non est, non intelligatur completus contractus, adeoque, quod creditor ex illo non habeat ius reale in aurum. (Hypotheca solo consensu perficitur pignus verò in mobilibus non finire.)

Ratio difficultatis quoad secundam partem videtur ex eo consurgere, quod, cum fuerit ostensum, & collatum auricalchum videntur contrahentes consensisse in corpus, idest in massa, vt explicat *Glosa in d. l. 1. in princip. ff. de pignorit. act.*, adeoque, quod eadem massa exhibita intelligatur pignori obligata, quandoquidem dato etiam, quod ad pignus constituendum requiratur consensus simul cum traditione, in hac hypothesi vtrumque intelligitur interuenire, traditio scilicet, vt per se patet, & consensus, cum hic intelligatur esse ad corpus exhibitum, seu illam massam, quæcunque illa sit. Nihilominùs (Consensus videtur terminari ad corpus exhibitū, & collatum.)

Respondeo primò, Theodoricum sortiri veram hypothecam in aurum ostensum aduersus Caium, non in auricalcum collatum, & traditum. *Molina de iust., & iure tract. 2. disp. 528. vers. iuxtà hac, Glosa in d. l. 1. ff. de pignor. actio*. Expresè colligitur hæc responsio ex textu *in dict. l. 1. ff. eodem* per hæc verba. *Videamus, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori. Et consequens est, vt aurum obligetur, non autem æs, quia in hoc non consenserunt*. Verba legis recitaui, quia in terminis intentum euincunt. Confirmari potest ex eo, quod fraus auctoris nequit eidem suffragari, adeoque eum ligat, in quo decipere intentauit. 2 (Iura, quibus innititur responsio)

Sola difficultas est in satisfaciendo rationi dubitandi supra propositæ. Dic igitur primò, omninò gratis per Glosam dici, quod sit impropriè pignus, quando non traditur creditori, cum per textum *in ead. l. pignus* habeatur, quod *non solum traditione, sed etiam nuda conuentione contrahatur, & si traditum non est*, & postea ibidem subditur. *Si igitur contractum sit pignus nuda conuentione, (& nonnullis interpositis) consequens est, vt aurum obligetur, non autem æs, quia in hoc non consenserunt*, quo quid clariùs. Nec obesse potest textus *in dict. §. item seruiana instit. de action.*, quem allegat dicta Glosa; Non, inquam, obesse potest, nam ibi solummodò dicitur, quod regularitèr euenire solet, quandoquidem mobilia, cum de facili sit alienabilia, & moralitèr consumptibilia, vt plurimum in securitatem credi- (Etiam nuda cōuentione.)

tori conferuntur, hæcque qualitas solum importat differentiam accidentalem inter pignus, & hypothecam, cum in substantia per superiùs notata conueniant; Deindè supponitur, quod regularitèr de traditione in mobilibus conueniatur, non quod hoc ex natura sua eidem conueniat. Si deindè velis, quod ad pignus presè sumptum requiratur traditio, prout dicitur *in d. §. item seruiana instit. de act.*, quod fortè certius est, dic secundò, quod, quamuis verè, & naturalitèr aurum in ea hypothesi non fuerit traditum, intelligatur tamen æquiualentèr fictione iuris translatum, nam, cum iura statuant, quod fraus alteri nocere nequeat, nisi auctori eiusdem, rem ipsius ità obligant, ac si fuerit in re translata, vndè benè dicitur *in tit. dict. l. 1. ff. de pignor. act.*, quod error in materia pignoris constitutionem non impediat.

Intelligitur æquiualentèr fictione iuris pignus traditum.

3 Respondeo secundò iuxtà secundum sensum expositum in disquisitione, si verè in corpus consenserit creditor, auricalchum esse pignori obligatum, habere tamen creditorem actionem pignoratitiam contrariam ad verum aurum, & vlteriùs ad pænam stellionatus. *Molina loco quo suprà*, Expresè habetur responsio *in d. l. 1. ff. de pignor. act.* - Ibi - *Si quis tamen, cum æs pignori daret, affirmauit, hoc aurum esse, & ità pignori dedit, videndum est, an æs pignori obligauit, & nunquid, quia in corpore consensum est, pignori esse videtur, quod magis est, tenebitur tamen, & pignoratitia actione contraria, qui dedit, præter stellionatum, quem fecit.*

Quia tamen certum est, quod consensum præbuit deceptus, quem non præbuisset, si cognouisset, ideò certum etiam est, quod ad aurum simile possit hypothecariè agere, quod est id, quod dicitur *in dict. l. 1. ff. de pign. act.* per illa verba, *tenebitur tamen, & pignoratitia contraria actione, qui dedit.*

4 Dicitur vlteriùs in eodem textu *præter stellionatũ, quem fecit*, quę pęna vtiq; est non ordinaria, sed arbitrio Iudicis, prout asserit *Molina disp. 132. vers. quando autem*, atque hanc pænam incurrere, qui auricalchum pro auro submisit, habetur expresè *in d. l. 1. §. fin. ff. de pignor. act.*

---

§. V.

An alienato pignore de consensu creditoris reuiuiscat hypotheca, si pignus illud per debitorem recuperetur?

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sita sit difficultas. 1.
Si res creditori hypothecata de consensu eiusdem fuerit per debitorem alienata, & postea per eundem recuperata, non reuiuiscit hypotheca in eadem in fauorem creditoris. 2.
Limita tamen in casu, quo debitor rem alienatam ex consensu debitoris recuperat ex eadem causa, vel connexa, ob quam fuit alienata. 3.

DIsquisitio V. Obligauerat sua bona sub generali hypotheca Franciscus Caio ob quendam contractum, quem cum ipso inierat. Cum indigeret idem Franciscus ad quædam sua negotia obeunda certam quandam rem alienare, quæ cadebat sub præfata hypotheca, petijt ab eodem Caio facultatem, & obtinuit, ratione cuius facultatis in ordine ad illam rem contendebat se esse ab hypotheca absolutum. Rebus sic stantibus inito alio contractu cum eo, in quem rem illam certam alienauerat, recuperatam ipsam habuit, cumque creditor postea ageret hypothecaria in omnes res eiusdem Caij debitoris, contendebat eandem rem impetere, si non in vim prioris obligationis, ex qua exempta intelligitur per consensum præstitum à Francisco creditore in ipsius alienationem, saltem in vim, quod illa res constituatur de nouo sub dominio debitoris; hypotheca autem generalis non solum extenditur ad bona præsentia, sed etiam ad bona, quæ de futuro acquiruntur; Denegari autem non potest, quia illa res computetur inter bona de futuro acquisita, neque hæc ratio tollitur ex eo, quod res fuerit antecedentèr debitoris eiusdem. Nihilominus 1

Refertur status cõtrouersiæ

Respondeo, quod res illa post recuperationem factam à debitore, non remaneat ampliùs hypothecæ subiecta, sed omninò absoluta. *Molina de iust., & iure tract. 2. d. disp. 528. vers. pignus expresè.* Hæc responsio expresè habetur *ex l. vlt. C. de remis. pign.*, vbi sic legitur. *Nobis autem visum est, cum, qui semel consentit alienationi hypotheca, & hoc modo suum ius respuit, indignum esse eandem rem, vtpotè ab initio ei suppositam vendicare, vel cauentem inquietare*; nec obesse potest, quod res illa recuperata computetur inter futura, quæ debitor obligauit per generalem hypothecam, cum sub ipsa cadant omnia præsentia, & futura per textum *in l. 1., & l. vlt. ff. de pign.*, non, inquam, obesse potest, quia Imperator *in hac ead. l. vlt. ff. de remiss. pign.*, asserit indignum esse, vt qui semel rem ab hypotheca absoluit, eam iterum ex eodem titulo alligatam contendat; Neq; huic iuris dispositioni resistit textus *in l. sicut, §. superuacuum ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* non, inquam, resistit, quia, vt benè notat *Glos. in d. l. vlt. in verb. indignum, C. de remiss. pign.* textus ille *in l. sicut, §. superuacuum* procedit de quadam æquitate, hic autem textus 2

Iura, quibus innititur assertum.

Indignũ est rem semel absolutam ex eodem titulo iterũ ligare.

Satisfit textui ex aduerso apposito. *in l. vlt. C. de remiss. pign.* procedit de stricto iure. Dic etiam, disparem esse rationem in eo textu, ac in textu præsenti, quia in præsenti certum est, debitorem de consensu creditoris vendidisse, & postea emisse, ibi præsumebatur, non vendidisse, quia adhuc possidebat in princip. illius, *§. si voluntate.*

Alia iura euincentia intentum. Hæc eadem responsio colligitur *in d. l. sicut, §. superuacuum, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.*, vbi supposita præsumptione, quod debitor rem sibi hypothecatam non alienauerit, si ipse debitor rem possideat, excipitur, *si debitor permißu creditoris vendiderit, deindè postea bona fide redemerit ab eodem, vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere capisset, aut si ipse debitor emptori hares extiterit.* Hoc idem colligitur *ex d. l. sicut, § si voluntate*, vbi dicitur, quod, qui consentit alienationi, videtur remittere pignus, si alienatio sit secuta, ergo, si secuta non fuerit, non intelligitur idem pignus remittere, per quod confirmatur responsio data ad instantiam *ex d. l. sicut, §. superuacuum, ff. quib. mod. pig. vel hypoth. soluitur.*

3 Per resolutionem contractus debitor restituitur in illius rei dominio, & creditor in hypotheca &c. Limitanda tamen videtur responsio in casu, quo debitor rem alienatam ex consensu creditoris recuperet ex eadem causa, ob quam fuit alienata, vel ex causa connexa, quod contingeret, vel in casu, quo res esset alienata cum pacto de retrouendendo, & fuit redempta, vel quia fuit redhibita res ex inualiditate contractus celebrati, vel quia resoluta fuit alienatio ex pacto adiectionis in diem, vel ex pacto legis commissoriæ. Ratio autem ex eo deducitur huius limitationis, quia, sicuti debitor per resolutionem contractus restituitur in dominio illius rei, ita creditor restituitur in hypotheca illius; hocque expressè habetur *in l. voluntate in principio, & §. vlt. ff. quib. modis pign., vel hypoth. sol., Glosa in l. vlt. C. de remission. pign.* Si autem velimus inquirere rationem in particulari in omnibus, & singulis enumeratis exceptionibus facilè erit eas assignare, si dicamus ad primum, & secundum casum creditorem non præstitisse consensum simplicitèr, sed tantum conditionatè, quoadvsque res fuerit redempta iuxtà pactum initum, & sicuti alienatio non est absoluta, ità nec solutio hypothecæ; ad tertium, si dicamus, alienationem nullitèr factam perindè esse, ac si non fuerit facta, & sicuti, si facta non fuit, perseuerat hypotheca per ea, quæ dicta sunt iuxtà textum *in d. l. sicut, §. superuacuum, ff. quib. mod. pign., vel hypoth. sol.*, ita perseuerare debet, si alienatio facta fuerit nullitèr. Ad quartum & vltimum, si dicatur, etiam huiusmodi alienationes non esse absolutas, sed conditionatas.

Creditor non præstitit cōsensum simplicitèr, sed tantum conditionatè.

§. VI.

An, si rei oppignoratæ fiat accessio, accessum intelligatur pignori obligatum?

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Accessio quomodo possit fieri. 2.
Accretio facta naturali dispositione, vel accidente puta alluuione, vel per consolidationem dominij vtilis cum directo, intelligitur simul cum fundo pignori obligata. 3.
Accretio facta opera, industria, & expensis debitoris venit in obligatione simul cum fundo. 4.
Augmentum in fundo obligato inductum per tertium possessorem illius fundi, cedit pignori in fauorem creditoris, habet tamen ille possessor ius, vt satisfiat. 5.

Disquisitio VI. Obligauerat quis fundum titulo hypotheçę alteri pro securitate crediti eiusdem. Fundo illi nondum extincto debito, & per consequens non dissoluta hypotheca, facta fuit acretio, vt quando prædio per alluuionem fit augmentum, aut quando proprietati accrescit vsusfructus, aut quando in solo hypothecato ędificatur domus. Hic excitata fuit controuersia, an, sicuti fundus ille ratione specialis hypothecæ intelligitur obligatus creditori, ita intelligatur eidem obligatum id, quod accreuit. 1 Controuersia excitata in terminis particularibus.

Pro clariori notitia disquisitionis aduertendum est, an illud augmentum, seu accretio facta fuerit ex aliqua naturali dispositione, an ex aliquo præternaturali accidente, an ex opere, & industria debitoris, vt, si ipse in fundo hypothecato ædificauerit, vel ex opera, & industria, & expensis alicuius tertię personæ, quæ talem fundum ex permissione eiusdem debitoris possideret, quæ certè attentè ponderanda sunt, cū diuersam tribuant iudicandi rationem. 2 Varij modi accessionis.

3 Respondeo primò, si accretio facta fuerit ex naturali dispositione, vel aliquo accidēte, puta alluuione, vel similibus, vel ex eo, quod facta fuerit cōsolidatio vtilis dominij, seu vsusfructus cum proprietate, augmentum illud, seu accretio intelligitur simul cum fundo pignori obligata, *Molina de iust., & iur. tract. 2. disp. 133. in princip., Negusant. de pign. memb. 1. part. 3. n. 18., Bartolus in l. si conuenerit, §. si nuda, ff. de pign. act.* Expressè euincitur responsio ex textu *in dict. l. si conuenerit, §. si nuda, ff. eod.*, vbi expressè sic legitur. *Si nuda proprietas pignori data est, vsusfructus, qui postea accreuit, pignori cedit; eadem causa est alluuionis.* Hoc idem habetur *in l. si fundus in princip. ff. de pign.*, vbi sic legitur. *Si fundus hypotheca datus sit, deindè*

Iura, quibus innititur exposita assertio quoad omnes partes.

dè alluuione maior factus totus obligabitur. Item confirmatur *in l.si inter,§.1.vers.quidquid, ff. eod.* Ibi - *Quidquid commodi, seu incommodi fortuitò pignori accessit id ad debitorem pertinet*. Tandem idem euincitur *ex l. Paulus, §.si mancipia, ff.eod.* Ibi *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quæ ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt*. Ratio autem horum omnium ea est, quia ea, quæ sic accedunt, habentur pro parte eiusdem fundi, & eodem iure possidentur, quo ipse fundus, nec indigent alia apprehensione, ergo eisdem obligationibus debent intelligi subiecta.

Quæ accedunt, sunt partes fundi, cui accedunt.

4 Respondeo secundò, si accretio facta fuerit opera, industria, & expensis debitoris, adhuc in obligatione fundi, cui facta est, intelligi debet venire *Molina d. disp. 533. in princip.*, *& alij communitèr*. Hæc eadem responsio colligitur *ex l.domo, ff. de pignor. act.*, vbi sic legitur, quod *ædificium sequitur ius soli*, atque hoc confirmant ea omnia iura, de quibus suprà latè actum est, semper enim verificatur, quod quodamodo illud adiectum sit pars fundi oppignorati, adeoque, quod veniat cum illo in obligatione; quod æquè verificari potest, siue in fauorem creditoris inducta fuerit hypotheca generalis in omnibus bonis debitoris, siue dumtaxat specialis in re, seu fundo, cui facta fuit adiectio, seu accretio, & quidem adiectum venire in obligatione, seu hypotheca generali certo certius est, quandoquidem ex suprà dictis hæc non solum extenditur ad bona præsentia, sed etiam ad futura, inter quæ connumeratur illud augmentum; venire verò etiam in obligatione speciali talis fundi, cui facta fuit illa adiectio, patet ex eo, quod comparatur, vt pars illius, & adauctum ipsum cedit fundo, quod propterea, sicuti quoad dominium pertinet ad debitorem, ità quoad hypothecam cedit creditori, cui cedit ipse fundus.

Ædificiũ sequitur ius soli.

Computatur, vt pars fundi.

5 Respondeo tertiò, si illud augmentum in fundo obligato inductum fuit per tertium possessorem illius fundi, adhuc cedit pignori in fauorem creditoris, potest tamen ille tertius possessor, qui propria industria, & expensis illud induxit, nolle illud tradere, vt indè creditor satisfiat, nisi sibi soluatur, quod expendit in vtilitatem illius rei, seu id, in quo facta est melior illa res. *Gregorius Lopez apud Ludouicum Molinam de iust., & iure tract. 2. disp. 533.* Expressè colligitur responsio *in l. Paulus, §.domus, ff. de pignor.*, vbi sic legitur. *Domus pignoris data excussa est, eamque aream emit Lucius Titius, & extraxit. Quæsitum est de iure pignoris, Paulus respondit pignoris persecutionem perseuerare, & ideò ius soli superficiem secutam videri (idest cum iure pignoris) sed bonæ fidei possessores non alitèr cogendos creditoribus ædificium restituere, quam si sumptus in executionem erogatos quatenus prænotior facta est res, reciperent*. Hoc idem habetur *in l. cum postulassem, §. damni, ff. de damn. infect.* - Ibi sic. *Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium capi, deindè creditor eas ædes sibi pignori obligatas persequi vult, non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectione fecerim, mihi præstare sit paratus, inhibendum aduersus me persecutionem*.

Iura, quibus innititur assertum.

Hic non incongruè monet *idem Gregorius Lopez l.10. verb. ex buena fè* optionem dari tertio possessori, qui fundum illum meliorauit, vt vel soluat valorem illius rei spectatæ quantum valet sine eis melioramentis, vel vt eam exhibeat accipiendo prius, quod plus valet ratione melioramentorum.

---

§. VII.

An oppignorata silua intelligantur etiam oppignorata ligna ab eadem præcisa, & ea, quæ ex eisdem lignis fiunt.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ, & rationes dubitandi. 1.

Ligna præcisa à silua pignori obligata intelliguntur simul cum illa obligata. 2.

Si ligna fuerint in nauim conuersa, nauis ipsa non intelligitur cadere sub hypotheca, sub qua cadit silua. 3.

Nec item ligna, quæ remanerent ex naui destructa. 4.

Disquisitio VII. In securitatem Caij creditoris obligauerat Sempronius debitor quandam suam siluam cæduam, ex qua durante tali obligatione excisa fuerunt plura ligna apta ad ædificia, & ex illis factæ postea fuerunt nonnullæ naues. Hic orta fuit controuersia, an illa ligna ab illa silua simplicitèr præcisa, & in alium vsum non redacta intelligantur pignori obligata. Secundò, an, si ex illis naues conditæ fuerit, remaneant, & ipsæ hypothecatæ in fauorem creditoris. Tertiò, an, si illæ naues postea destruerentur, ligna ex illis decerpta intelligantur obligata. 1

Facti series in suis terminis.

De hac difficultate agunt *Negusantius de pignor. memb. 3. part. 6.*, *Molina tract. 2. disp. 533. in fine*, *Gregorius Lopez l.15.*, quos consule.

Respondeo, ligna præcisa à silua pignori obligata intelliguntur simul cum illa obligata. *Molina, aliique Doctores allegat. loc. quibus suprà*. Expressè deducitur *ex l.si conuenerit, §. si quis cauerit, ff. de pign. act.*, vbi solum 2

Materia non transit in materiatum.

solum fit exceptio, quando materia transit in materiatum, quod non euenit in casu præsenti. Ratio autem ea est, quia huiusmodi ligna in suo esse permanentia, & quodammodo non variata sunt propria pars talis siluæ, quæ propterea debent eosdem effectus, easdemque actiones sortiri cũ illa. Ad hoc confirmandũ adduci potest textus *in l. potior. §. si de futura, ff. qui pot. in pig. hab.* vbi dicitur, quod, quando res aliqua, seu aliquæ pignori, aut hypothecę sunt subiectæ, fructus etiam illarum, si a debitore sati sunt, aut excepti, dum hypothecæ illæ essent subiectæ, etiam subijci cum eisdem per ea, quæ allegatis iuribus, & rationibus latè commendat *Molina de iust., & iur. disp. 529. vers. illud est obseruandũ*, ergo etiam ligna, si à silua hypothecata sint pręcisa, erũt hypothecæ subiecta, nec obstat, quod sint præcisa, & etiam alienata, quandoquidem etiam fructus percepti, & non consumpti sunt simul cum fundo obligati, vt asserit idem *Molina loc. cit.* Ratio autem consequentiæ ea est, quia huiusmodi ligna, nedum sunt fructus fundi obligati, sed quodamodo etiam pars.

Ligna sunt fructus fũdi.

3 Respondeo secundò, si illa ligna fuerint in nauim conuersa, nauis ipsa non intelligitur cadere sub hypotheca, sub qua cadit silua. Doctores, qui supra. Deducitur hæc responsio *ex d. l. si conuenerit, §. si quis cauerit, ff. de pignor. act.*, vbi sic legitur. *Si quis cauerit, vt silua sibi pignoris esset, nauem ex ea materia factam non esse pignori, Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud nauis, & ideò nominatim in dando pignore adijciendum esse ait.* Vlteriùs sic confirmatur. Desinente re obligata esse definit etiam in eadem actio hypothecaria, vt per se notum est, & dictum fuit *sub hoc eodem tit. prænot. vlt.*, sed materia, cum transit in materiatum, desinit esse, & extinguitur, & incipit alia species *l. seia, §. item quæro, ff. de aur., & arg. leg.*, ergo, & hypotheca extinguitur. Adde vlteriùs paritatem in eo fundatam, quod, si quis legauerit lanam, & ex ea factum sit vestimentum, non continetur in legato vestimentum iuxtà textum, *ff. de legat. 3. l. lana*, ergo etiam si obligata fuerit silua, & ex ea facta fuerit nauis, eadem nauis non cadet sub obligatione.

Materia non transit in materiatum definit esse.

Neque ijs, quæ hic dicuntur, obesse potest, si asseratur, quod mutata præcisè qualitate rei hypothecatæ, nihilominùs duret hypotheca per ea, quæ habentur *in l. si fundus, §. si res, ff. de pign.*, vbi ponitur exemplum de domo hypothecę data, ex qua fuit effectus hortus, item de area data pignori, ex qua fuit effecta domus, item de terra, in qua fuit plantata vinea, vbique dicitur hypotheca permanere in horto, in domo, & in vinea, ad quod etiam facit textus *in l. domo, & ibi Glosa, & scribentes, ff. de pignor. act.*, atque hoc idem dicitur in legato, in quo mutata præcisè qualitate rei legatæ, adhuc res illa comprehenditur sub legato. In hypothesi autem nostræ responsionis ligna non intelliguntur substantialitèr immutata, sed tantum in qualitate, dum transierunt in nauim, quandoquidem adhuc sunt substantialitèr ligna, vt per se patet. Non, inquam, obesse potest, quia omnia allegata vtique subsistunt, cum principalitèr ibi sit hypothecatus fundus, cui omnia cedunt, quæ in eodem fiunt, & sic illa mutatio, quæ in ipsis contingit, quamuis secundum se sit substantialis, in ordine ad fundum est accidentalis, & per consequens non est, cur non cedat Domino fundi quoad substantiam, & creditori quoad hypothecam, illa autem mutatio lignorum in nauim est quoad omnia moraliter, & quoad moralem hominum æstimationem, & commercia substantialis, nec ratione alicuius, cui innitatur, quodque sit obligatum, trahitur sub tali obligatione, atque ad hoc maximè facit id, quod asserit *Molina dict. disp. 533. vers. illud demum est obseruandum in fine*, quod, si specialitèr fuerit nauis hypothecata, & postea destruatur, ligna ex illa naui extracta non sint hypothecæ subiecta, quod probat per textum *in l. sicut in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.*

Mutatio lignorum in nauim est realitèr, & quoad omnes substantialis.

Respondeo tertiò in suppositione, qua iuxtà mox probata nauis ex lignis siluæ abstracta, non sit subiecta hypothecæ, si postea nauis illa destrueretur, & reduceretur in ligna, eadem ligna non amplius subijcerentur hypothecæ. Est conformis ijs, quæ supra dicta sunt, nam, sicuti in hypotheca generali, si res aliqua ex consensu creditoris semel eximatur ab hypotheca, quantumuis recuperetur, non subijcitur amplius hypothecæ, ità a fortiori in hypotheca speciali, si res ex dispositione iuris semel eximatur ab obligatione, non erit, cur postea redire debeat ad hypothecam, à qua semel fuit exempta. Dixi, *à fortiori*, propter eam rationem, quia hypotheca generalis comprendit omnia bona etiam futura, & tamen eximuntur ab obligatione ea, quæ fuerunt semel exempta; cum ergo in speciali hypotheca non comprehendantur futura, non est, cur semel exempta comprehendi debeant, cum specialitas non respiciat, nisi ea, quæ specialitèr obligata sunt. 4

4 Euincitur ratione superiùs adducta de re semel ab hypotheca absoluta.



§. VIII.

§. VIII.

An tradito, seu obligato in vim pignoris instrumento intelligantur ea, quæ in ipso continentur obligata in vim eiusdem.

SVMMARIVM.

Facti series in suis terminis. 1.
Per traditionem instrumenti in pignus intelligitur etiam oppignoratum creditum, quod in illo continetur. 2.
Res contenta in instrumento intelligitur obligata quoad hypothecariam, non quoad pignoratitiam. 3.

1 DIsquisitio VIII. Constitutus debitor iusto titulo erga Caium Franciscus obligauit, seu tradidit eidem in vim pignoris, & hypothecæ scripturam quandam, seu instrumentum, in quo continebantur centum nummi aurei, quorum erat creditor Caius aduersus Sempronium. Hic orta fuit controuersia, an per talem obligationem, seu traditionem instrumenti intelligatur obligatum creditum in eodem contentum.

2 Respondeo primò, per illam traditionem instrumenti, in quo continetur creditum illud reale, vt in facti serie, censeri obligatum pignori creditum illud, quod in illo continetur *Molina de iustit., & iur. tract. 2. disp. 534. in princip.*, & responsio colligitur *ex l. 2. C. quæ res pign. oblig. poss.*, vbi dicitur, quod qui obligat instrumenta emptionalia ipsam rem obligare videatur per ea verba, *cum constat pignus consensu contrahi, non dubitamus eum, qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis pignori obligandis cogitasse*; nomine autem emptionis *Glos. ibidem verb. emptiones*, intelligit instrumenta emptionum.

Obligato instrumento intelligitur etiam obligatū creditum in eo cōtentum.

3 Respondeo secundò, quod, quamuis per illam traditionem instrumenti intelligatur hypothecariè obligata res in illo contenta, non tamen intelligatur res illa tradita in pignus, nisi prius fiat traditio eiusdem rei; quod est idem, ac illud, quod asserit *Glosa in d. l. 2. C. quæ res pig. oblig. possint in verb. pignus*, dum asserit, rem contentam in instrumento obligari quoad hypothecariam per textum *in l. si tibi, §. de pignore, ff. de pign. act., & l. 2. ff. de remiss. pign.*, non sic quoad pignoratitiam, quæ contrahitur re per textum *in §. fin. instit. quib. mod. re contr. oblig.* Ratio ex superiùs dictis deducitur, quia pignus in ratione formali pignoris presse sumpti tunc propriè constituitur, quando res ipsa traditur, sed quando traditur præcisè instrumentum, in quo res illa continetur, non propriè res ipsa traditur, ergo res illa non intelligitur per illam traditionem instrumenti tradita formalitèr ex pressè in pignus; Neque obstare potest, si asseratur, quod, quamuis propriè, & realitèr non intelligatur quoad possessionem tradita, sicuti intelligitur tradita, quando collata est quo ad sui substantiam effectualitèr, intelligatur tamen tradita actu ficto, cum ad aliud non intelligatur traditum instrumentum, nisi vt per illud traditio fiat possessionis rei in eodem contentæ; Non, inquam, obstare potest, quia ille actus fictus traditionis possessionis non intelligitur, nisi quando præcessit titulus, aut venditionis, aut donationis, aut permutationis rei in eodem instrumento contentæ cum alia, quia tunc re vera per traditionem instrumenti intelligitur saltem fictè tradita possessio eiusdem rei in eodem contentæ, & in hoc sensu certè non videtur ad aliud traditum instrumentum, nisi ad effectum illius fictę traditionis possessionis; Quando verò nullo alio præcedente titulo obligatur solummodò in vim pignoris instrumentum, in quo res illa continetur, tunc non intelligitur ficto actu tradita illius rei possessio, cæteroqui contra illud, quod habetur *in l. 1. C. de dot. promiss.* vnico, & eodem actu intelligerentur induci duæ fictiones, altera quoad obligationem talis rei in instrumento contentæ per traditionem eiusdem instrumenti, quæ quidem ficta est, cum non obligetur immediatè ipsa res, altera quoad traditionem eiusdem rei, quæ certè per aduersarios ipsos asseritur ficta per eiusdem instrumenti, in quo continetur, traditionem *Gregorius Lopez ad l. 1. tit. 13. part. 5.*

Pignus presse sumptum tunc constituitur, quando res traditur.

Inducerentur duæ fictiones.

Hinc non incongruè docet *Molina*, quod si antecedentèr aliquo contractu inito res illa in instrumento contenta pignori subijceretur, & postea sequeretur traditio instrumenti illius, tunc per instrumentum intelligitur tradita possessio rei illius in eodem instrumento contentæ, quæ antea per contractum pignoris fuerat obligata absque traditione, quod idem asserunt in hypotheca, si res ipsa in se pignori obligaretur, & postea traderetur instrumentum, in quo illa contineretur, tunc etenim traditio instrumenti ad alium finem esse non posset, nisi ad tradendam rem in pignus.

Si antecedentèr res in instrumēto contenta esset pignori obligata per traditionem instrumenti perficeretur pignus.

§. IX.

An res empta fructibus rei pignoratæ intelligatur, & ipsa oppignorata.

SVMMARIVM.

Facti series, & rationes pro vtraque parte. 1.

Res

Res empta per debitorem ex fructibus rei oppignorata in fauorem creditoris non intelligitur ipso iure oppignorata in fauorem eiusdem. 2.

Intellige, si creditor habuerit solummodò specialem hypothecam, non sic, si generalem tacitam. 3.

1 DIsquisitio IX. In securitatem Titij creditoris subiecerat Caius hypothecæ fundum quendam fructiferum, quoadusq; debitum cum eodem contractum in certa causa persolueret. Subiecto fundo intelligi simul subiectos fructus, qui ex eodem fundo proueniūt, clarè liquet ex allegatis iuribus superiùs. Contigit, vt ex fructibus ex eodem fundo hypothecato Titio idem Caius alium fundum fructiferum emeret. Aduersus eum hypothecaria agere contendebat Titius ex eo, quod, sicuti in eosdem fructus poterat ex allegatis hypothecariam intentare, ità videbatur, sibiq; suadebat, eandem posse intentare in eandem rem emptam, cum hæc intelligatur subrogata loco eorundem; aduersus quem excipiebat Caius, quod res empta fructibus oppignoratis non subrogetur loco eorundem, sed pleno, & absoluto iure transeat in emptorem, præcipuè, cum vna res non subrogetur pro alia sine consensu vtriusque contrahentis. Hic iam quæritur quid iuris.

Rationes pro vtraque parte afferūtur.

2 Respondeo, rem illam emptam per debitorem ex fructibus rei oppignoratæ in fauorem creditoris non intelligi ipso iure oppignoratam in fauorem eiusdem, quamuis tacitè intelligantur oppignorati fructus, *Glosa in l. quamuis, C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrab.*, vbi expressè idem textus sic habet. *Quamuis fructus pignori datorum prædiorum, (& si id apertè non sit expressum), & ipsi pignori credantur tacita pactione inesse, prædia tamen, quæ emuntur ex fructuum pretio ad eandem causam venire, nulli prudentum placuit.*

Textus, cui innititur responsio.

3 Intellige responsionem in hypothesi, qua creditor haberet solam specialem hypothecam in re illa, ex qua percepti fuerunt illi fructus, ex quibus postea empta fuit illa res, de qua modò est controuersia, si enim creditor haberet generalem hypothecam in bonis omnibus debitoris, tunc dubium non esset, quin res illa empta ex fructibus rei oppignoratæ veniret sub obligatione in fauorem creditoris, non quidem sub illa ratione, qua empta sit ex illis fructibus obligatis, sed sub illa, quod sub hypotheca generali veniant omnia bona debitoris, tam præsentia, quam futura ex quocunque titulo acquirantur per superiùs dicta.

Procedit, si creditor habeat solummodò specialem hypothecam.

Neque responsioni aduersari potest, si afferatur, quod res illa empta substituatur loco pretij, adeoque loco fructuum, ex quibus est empta, adeoque, quod, sicuti fructus intelliguntur esse tacitè obligati per textum in *l. 1. C. de pact. pign.*, *& in prædijs, ff. quibus caus. pig. tac. contrab.*, ita, & res loco illorum substituta; non, inquam, aduersari potest, quia gratis omninò dicitur, quod res empta subrogetur loco fructuum, ex quibus est empta saltem quoad effectum, vt illorum induat obligationem, quandoquidem nec ex partium conuentione empta est, vt cederet ad illum finem, sed simpliciter ac quisita à debitore, vt sit propria, nec ex natura sua eidem emptioni hæc conditio inest, cum ex natura sua res empta simpliciter cedat emptori, &, sicuti ex albi dictis, si ex pecunia mutuata res aliqua ematur, res empta ex natura sua non cedit mutuanti, neque quoad obligationem realem per ea, quæ latè habet *Negusantius de pignor. memb. 2. partis secundæ nu. 13.* allegatis ibi Doctoribus, & iuribus, ita, si ex fructibus rei pignoratæ aliquid per emptionem acquiratur, non propterea illud acquisitum secundum obligationem realem cedit ei, cui fructus oppignorati manebant.

Gratis omninò dicitur, quod res empta ex fructibus subrogetur loco fructuum

Accedit maximè ad confirmandam responsionem id, quod superiùs dictum fuit, nempè, quod non quodcunque fit ex re pignorata, fiat pignoratum, sic nauis, quæ fit ex lignis siluæ hypothecæ subiectæ, non est eidem subiecta, ergo etiam, quod acquiritur ex fructibus rei pignoratæ, non cedit pignori respectu eius, cui fructus illi erant pignori addicti. Consequentia patet, quia maior cō urgit mutatio ex eo, quod ex fructibus acquiratur quid tertiū, puta fundum quam ex eo, quod ex lignis siluæ ceduæ fiat nauis; nec minus intelliguntur ligna a silua præcisa hypothecata in fauorem creditoris, ac fructus fundi obligati, ergo, sicuti, si ex lignis ex silua excisis fiat nauis, propter mutationem hæc non remanet obligata, ita, si ex fructibus è fundo pignorato exceptis acquiratur alter fundus propter maiorem mutationem, hic non erit obligatus creditori, cui erant obligati fructus.

Non quodcūq; fit ex re pignorata fit pignoratū.

---

§. X.

An nouatione extinguatur obligatio pignoris, vel hypothecæ.

SVMMARIVM.

Refertur in suis terminis articulus examinandus. 1.

Per nouationem voluntariam soluitur hypotheca, seu pignoris obligatio. 2.

Per solam extensionem pignorum non fit propriè nouatio, sed accumulatio. 3.

Per solam temporis propagationem non ponitur

tur nouatio ; nec tollitur obligatio. 4.
Facta propriè nouatione perseuerat hypotheca, si in nouatione de hac fuerit expressè actum. 5.
Per nouationem necessariam propriè non extinguitur ius pignoris, seu hypothecæ. 6.

Duplex nouatio, alia voluntaria, alia necessaria.

1 DIsquisitio X. Caius constitutus debitor ex quodam contractu erga Sempronium eidem in securitatem consecutionis sui crediti assignauit in hypothecam quædam determinata bona. Successu temporis, vel ex voluntaria partium conuentione extincta fuit prior obligatio, & noua inducta, quam ipse debitor sponte assumpsit in se ipso, & fortè etiam alterum delegauit, qui illam assumpsit, vel ex nouatione necessaria mutata est prior obligatio in aliam, quatenus per litis contestationem, vel fortè etiam per sententiam latam aduersus debitorem ad hanc nouationem coactus fuit. Hic iam quæritur, an per huiusmodi nouationes inducta fuerit pignoris, vel hypothecæ solutio.

2 Respondeo primò, per nouationem voluntariam iuxta primum modum expositam solui hypothecæ, seu pignoris obligationem. *Negusant. de pign. membr. 3. part. 6. num. 1.*, *Molina tract. 2. de iust., & iur. disp. 137. vers. quando pro aliquo debito*, *Ognate tract. 20. disp. 61. sect. 1. num. 7.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. n. 21.* Expressè habetur *ex l. in solutum in princip., ff. de pign. act.*, *& ex l. nouatione, ff. de nouationibus*. Ratio autem ea est, quia tollitur prior obligatio, in qua fundatur ius hypothecæ, ergo tollitur, & ipsa hypotheca, quia sublato fundamento ruunt omnia, quę fundantur in ipso, & licet substituatur noua obligatio loco prioris sublatę, non propterea hypotheca in ipsa reuiuiscit, quia ipsa erat addicta priori obligationi, non isti, nisi de ea specialitèr actum fuerit, ergo nisi actum fuerit expressè, quod in subsequenti obligatione nouata esset hypotheca, eadem non amplius erit, quando fuit inducta nouatio.

Tollitur fundamentum hypothecę, adeoque, & ipsa hypotheca.

3 Aduerte hic tamen, quod, si præcisè facta fuerit extensio, quatenus scilicet prioribus addita fuerint alia pignora, nō per hoc liberentur priora pignora, nam per hoc in rigore non inducta est nouatio, sed solummodò facta accumulatio per ea, quæ notāt *Bartolus in l. Valerianus in vlt. q. ff. de prætor. stipul.*, *Paulus de Castro in l. si rem alienam, §. omnis pecun. num. 4. ff. de pignor.*, *Negusant. de pignor. memb. 3. sexta partis n. 1.*, *Mantica de tac., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. nu. 32.*, *Ognate dict. tract. 20. disp. 61. sect. 1. num. 8.*

4 Aduerte insuper, quod, si præcisè fuerit tempus prorogatum, non propterea intelligatur solutum pignus, cum nō intelligatur extincta prior obligatio, in qua fundatur eadem hypotheca, seu pignus iuxtà textum *in l. legem, C. de locat.*, *Mantica, & Ognate loc. suprà allegatis*, & licet alibi dictum fuerit, quod prorogato termino ad soluendum, non intelligatur prorogatum onus fideiussionis, nisi fideiussor ipse consenserit, non propterea sequitur, quod prorogato termino ad soluendum non prorogetur etiam pignus, seu hypotheca. Ratio disparitatis in eo consistit, quod in hypothesi fideiussoris non potest per principales ad aliquid magis obligari, quàm ad id, ad quod per proprium consensum se obligauit, cum ex ipsius dumtaxat cōsensu consurgat propria obligatio; in casu verò pignoris, seu hypothecæ, cum res solummodò dependeat à principalibus contrahentibus eo ipso, quod consentiunt in prorogatione, intelliguntur consentire in repetitione eorum omnium, quæ fuerunt adiecta in priori obligatione.

Cur prorogato termino non prorogatur fideiussio, prorogato verò termino prorogetur hypotheca.

5 Aduerte insuper, quod, si facta fuerit propria, & vera nouatio per mutationem prioris obligationis in aliam, & in eadem expressè dictum fuerit, quod prima hypotheca firma maneat, quousq; hæc posterior obligatio adimpleatur, tunc re vera perseueret eadem hypotheca cum prorogatione temporis respectu prioris obligationis *l. 3. in princip., & ibi Bartolus, & alij ff. qui pot. in pign. hab.*, *Negusantius de pign. memb. 3. part. sexta n. 7. in fin.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 31. num. 25.* Neq; obesse potest, si asseratur, quod, cum hypotheca fundetur in obligatione, & prior obligatio per nouationem euanuerit, non possit permanere hypotheca in eadem fundata cum prorogatione temporis, eo quia destructo principali non potest permanere accessorium; ipsum secundum easdem qualitates non possit migrare de subiecto in subiectum, vnde possunt quidem contrahentes inducta noua obligatione in eadem nouam hypothecam constituere; nam autem priorem hypothecam ad hanc nouam obligationem extendere, cum nequeant accidens à subiecto in subiectum transferre; Non, inquam, obesse potest, quia licet in physicis naturalitèr loquendo accidens nequeat migrare de subiecto in subiectum, cum hoc non sit in potestate agentis naturalis, cum destructo subiecto ex natura sua accidens depereat; in moralibus tamen commercijs, & politicis concertationibus, in quibus tota vis consurgit ex voluntate contrahentium, non est, cur vna obligatio non possit in aliam per eorundem voluntatem transferri, quæ subsistat cum conditionibus, & qualitatibus prioris obligationis.

In moralibus commercijs vna obligatio potest in aliam transfire.

6 Respondeo secundò, per nouationem necessariam iuxtà secundum sensum expositum non dissoluitur prius pignus, & hypotheca; hæc autem nouatio fit per litis con-

contestationem, vel per sententiam, vndè, licet creditor sit contestatus litem super hypothecaria cōtra suum debitorem, & similitèr, si debitor sit per sententiam condemnatus, non propterea sunt liberata pignora, & hypothecæ *Molina de iust., & iur. tract. 2. disp. 137. dict. vers. quando pro aliquo debito, Negusant. de pign. d. memb. 3. part. sexta n. 2., Bartolus, & Glosa in l. nouatione ff. de nouat., Iason. post alios in l. 1. C. de iud.* Fundatur præcipuè hæc responsio *in l. aliam, ff. de nouat.*, vbi dicitur, quod per litis contestationem non fiat deterius ius agentis per illa verba, *neque enim deteriorem facimus causam nostram actionem exercentes, sed meliorem*, fieret autem deterior, si ius hypothecæ, & pignoris per illam amitteret; Ex quibus benè *Glos. ibid.* notat differentiam inter nouationem voluntariam, quæ fit per stipulationem, & partium conuentiones extra iudicium, & necessariam, quæ fit in iudicio per litis contestationem, quod in illa perdantur omnia priora priuilegia, quod exemplificat in actione tutelæ, quam, si pupillus post pubertatem deducat in stipulatum, perdit sua priuilegia, & in actione dotis, vbi facta nouatione voluntaria eiusdem actiones amittuntur; in ista verò priuilegia potius firmantur, quod exemplificat in actionibus, quæ tempore perduntur, nam, si super his lis contestetur, perpetuantur.

Per litis contestationem non fit deterius ius agētis

Rationem vlteriùs responsionis adducit *Negusantius loc. cit.*, quia scilicet per litis contestationem, vel per sententiam non inducitur aliqua actio priuatiua primæ obligationis, sed accumulatiua aliorum effectuum cum primis, prout expressè dicit *Bartolus in d. l. aliam, ff. de nouat., Iason in l. 1. col. 5. vers. habes, C. de iudicijs;* Cui rationi etiam adde hoc adminiculum, quod non tollatur actio hypothecaria, nisi prius fuerit solutū, aut satisfactum creditori, vt euenit in nouatione voluntaria, in qua per subsequentē obligationem eidem creditori satisfit; per litis autem contestationem eidem creditori non intelligitur satisfactum, pro vt videtur colligi *ex text. in l. grege, §. etiam, ff. de pign.*

Non inducitur actio priuat ua primæ obligationis.

§. XI.

An, qui rem alienam oppignorauit pro proprio debito, eodem persoluto possit agere pignoratitia aduersus creditorem.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ, & ratio dubitandi. 1.

Debitor, qui rem alienam pignorauit, soluto debito potest aduersus creditorem, qui pignus non restituerit, experiri actionem pignoratitiam. 2.

Satisfit rationi ex aduerso appositæ. 3.

Disquisitio XI. Ex quodam iusto titulo contraxerat Fabius debitum mille aureorum cum Andræa creditore, cumq; hic ageret ad consecutionem sui crediti, Fabius in securitatem contulit eidem in pignus, & hypothecam rem magni valoris, & æstimationis, quæ tamen erat aliena, & sic Antonis, quæ tamen erat aliena, & sic Andreæ acquieuit. Processu temporis eidem Fabius debitum, quo premebatur, exsoluit, nec tamen Andræas pignus restituit. Hic orta fuit controuersia, an idem Fabius aduersus Andræam pro consequendo illo pignore posset agere pignoratitia.

Videbatur dicendum, quod non, quandoquidem contractus ille pignoris constitutus per Fabium, vtpotè rei alienæ non consentiente domino non potest subsistere, quia ad dandum aliquid hypothecæ, vel pignori requiritur dominium cum libera facultate administrandi *Molina disp. 529. verb. subucere in fin., Bonacina disp. 3. qu. 9. n. 2., Vasquez opusc. de pign. c. 1., Rodriquez 2. part summa c. 28. nu. 1., Ognate tract. 20. disp. 55 sect. 3. n. 58.*, vndè etiam dicitur, quod oppignoratio rei alienæ non præiudicet verò domino, quia nulla est, & rescinditur iuxta textum *in l. aliena res in princip., & l. si fundus, ff. de pignor. l. qua pridem, & l. fin. C. si res aliena pigno. dat. sit, l. debitor, ff. de pign. act., Gregorius l. 9. tit. 13. part. 5., Molina disp. 130. vers. illud hoc loco*; ex contractu autem nullo nulla videtur oriri posse actio, nullusque sortiri effectus, sicuti enim non entis nullæ sunt passiones, nullæque qualitates, ita non contractus nullæ obligationes, nullæque actiones; contractus autem nullus, & non contractus in effectu sibi correspondent. Nihilominùs

Respondeo, Fabium soluto debito in data hypothesi posse experiri aduersus Andræam actionem pignoratitiam *Bartolus in l. si rem §. his quoque, ff. de pign. act., Ognate tract. 20. disp. 55. sect. 3 num. 72.* Expressè colligitur *ex d. l. si rem alienam, §. is quoque, ff. de pign. act.*, vbi sic legitur. *Si quoque, qui rem alicuam pignori dedit soluta pecunia solet pignoratitia experiri.* Confirmari potest ex eodem textu *l. si rem alienam in princip.*, vbi dictum est, quod creditori decepto per debitorem ex eo, quod pignori dederit rem alienam succurratur per cōtrariam pignoratitiam contra debitorem, ergo, si debitor persoluerit debitum, pro quo supposuerat rem alienam, poterit ad eandem repetendam aduersus creditorem agere pignoratitia contraria. Consequentia probatur, quia si nullitas contractus nō officit, quin creditor possit aduersus debitorem agere, & experiri pignoratitia contraria, non video, 2

Iura, & rationes quibus innititur expressè responsio

cur

cur nullitas prioris contractus possit officere, qui n debitor soluto debito non possit experiri pignoratitia aduersus creditorem ad repetendum pignus; si enim dicatur,
2 actionem creditoris pignoratitiam contrariam concedi ex dispositione iuris in deceptionis pœnam commissæ à debitore, peto, cur in pœnam receptionis, & detentionis iniquæ præstitæ per creditorem, postquam solutionem sui crediti recepit, non congruè concedatur eidem debitori, qui debitum soluit, similis pignoratitia cõtraria? Quod, si supponas, creditorem detinere ex præcepto veri domini nolentis rem suam oppignoratam sine proprio consensu redire ad manus eius, qui oppignorauerit, tunc sine difficultate concederé, eidem debitori non assistere ius ad experiendum aduersus creditorem pignoratitia, cum hic posset excipere de iure veri domini, & de alienitate rei & de præcepto à vero domino imposito.

3 Ius suplet in ordine ad talem actionem defectum cõtractus

Sola difficultas est in satisfaciendo obiecto ex aduerso apposito, pro quo asserendum est, quod, sicuti, quando debitor contulit in pignus rem alienam, actio pignoratitia contraria supplente iure defectum contractus, fundatur in credito eiusdem creditoris, ita, quando debitor collata in pignus re aliena debitum persoluit, actio pignoratitia contraria ipsi concessa ad repetendum pignus, fundetur in eadem solutione iam præstita iuxta textum *in dict. l. si rem alienam, §. omnis pecunia ex soluta, ff. de pign. act.* supplente iure defectum contractus pignoris, & in eadem re retenta sine iuris fomento apud creditorem.

---

§. XII.

An nouatio inutilis, & inualida tollat hypothecam præcedentem, & pignus.

SVMMARIVM.

Explicatur in casu particulari status difficultatis. 1.
Nouatio, seu delegatio inualida non tollit hypothecam priori contractui annexam. 2.
Si in nouatione inualida per debitorem fuerint adiecta noua pignora, illa etiam intelliguntur obligata pro priori obligatione. 3.
Si nouatio in parte fuerit inualida, & in parte valida, ius pignoris quoad partem tollitur, non quoad aliam. 4.
Cautela Alexandri ad eximenda priora pignora, sed reprobata. 5.

1 Disquisitio XII. Existente priori obligatione in Francisco, cui annexa erat hypotheca, & ratio pignoris in fauorem Theodorici ex voluntaria eorundem conuctione extra iudicium facta fuit nouatio, per quam prior illa obligatio transfusa est in aliam posteriorem eiusdem Francisci nulla facta mentione de transfusione etiam hypothecæ, seu reseruatione eiusdem, vel fortè etiam translata in tertiam quandam personam, quam idem Franciscus delegauerat in fauorem eiusdem Theodorici. Illa nouatio, seu fortè etiam delegatio ex defectu eorum, quæ ex dispositione iuris requiruntur, vel ex aliqua alia carentia cognita fuit insubsistens, & inualida, vel quoad totum, vel fortè solum quoad partem. Hic orta fuit controuersia, an ex illa nouatione, seu delegatione inualida sublata intelligatur hypotheca præcedenti obligationi annexa.

Respondeo primò, quod illa nouatio, seu delegatio inualida non tollat hypothecam, seu rationem pignoris priori obligationi annexam. *Negusantius de pignor. d. membr. 3. part. 6. num. 3., Glosa, & Doctores in l. nouatione, C. de fideiuss.* Expresè deducitur hæc responsio ex textu *in l. nouatione, ff. de Nouat.* vbi solùm est sermo de nouatione legitimè facta; secundò ex textu *in l. nouatione, C. de fideiuss.*, vbi idem repetitur. Ratio autem responsionis, & iurium allegatorum ea est, quia nouatio, seu delegatio inualida perindè est, ac si non esset posita, & proindè, sicuti, si non esset posita, iura pignoris vrgerent, ita vrgere debent, quantumuis fuerit posita, sed inualidè. 2

2 Nouatio, seu delegato in valida perindè est, ac si non esset posita.

Respondeo secundò. Si in nouatione inualida per debitorem fuerint adiecta noua pignora, illa etiam intelliguntur obligata pro priori obligatione *Negusantius de pignor. dict. memb. 3. part. 6. num. 4., Baldus in l. si paternam, C. ad Vellei. not. 3.* Eruitur hæc responsio ex *d. l. paternam, C. ad Vellei.*, vbi facta suppositione, quod pater ex debito obligatus esset pro centum erga tertiam quandam personam, pro quibus habebat obligata certa pignora, supponitur etiam, quod filij, & filiæ eiusdem patris animo nouandi in se receperint paternam obligationem, & promiserint reddere creditori debitum eiusdem patris, & redimere pignora ab eodem collata, cum autem ex parte filiarum reddi possit inualida nouatio, cum per beneficium velleiani ab obligatione eximantur, & ibi dicitur, quod restituatur actio in patrem pro ea parte, pro qua filiæ se obligarunt, & quod pignora patris, quæ posteriori obligationi accesserant, remaneant obligata, illa verò, quæ fuerunt in prima obligatione eatenus teneant, quatenus aduersus patrem redit actio pro portionibus filiarum. Ex hoc textu clarè liquet, nouationem ex parte filiarum inualidam esse, cum eximantur à tali obligatione beneficio velleiani, ex alia 3

Ius, cui innititur apposita responsio

parte

parte innotescit pignora patris posterius addicta remanere obligata, nec tolli priora propter actionem, quæ competit aduersus eundem patrem pro portionibus filiarum.

Si autem hic inquiras, cur, cum hæc nouatio supponatur inualida, posteriora pignora supponantur, & dicantur obligata, & tamen nouatio, si sit inualida, non dicantur priora pignora ab obligatione exēpta; si enim inualiditas nouationis non absoluit priora pignora, nec eadē posteriora videtur obligare. Si, inquā, hoc inquiras, statim respondebitur, diuersitatem rationis ex eo prouenire, quod pignus datum pro obligatione inutili nouante tenet pro pristina, quæ non est cum effectu nouata, quia pignus istud habet magis respectū ad causam, quam ad titulum obligationis. Sunt verba formalia *Baldi in d. l. si paternam not 3. C. ad Vellei.*, quod asserit esse mirabile. Si autem repetas, cur pignora præcedentia in nouatione inualida non respiciant causam, sed titulum, cum dicantur cum titulo præcedenti permanere, pignus verò secundæ obligationi nouatę adiectum, cum hæc sit inualida, respiciat potius causam, quam titulum, cum dicatur obligatum remanere; Statim etiam erit responsio, quia non est, cur ex causa inualida tollatur ius perfectè quæsitum ex titulo adhuc subsistente, & valido, non est autem, cur ex causa non possit ius acquiri, quamuis titulus deficiat, sic præscriptio sine titulo acquiritur, quamuis non sine causa, non autem per causam inualidam reluctante possessore iuris ius acquisitum tollitur permanente titulo, & cum ius ad acquirendū sit fauorabilius, quam ad deperdendum iam legitimè quęsitum, non est, cur in primo casu ius firmum non permaneat, cum iam sit perfectè acquisitum, in secundo ius non acquiratur, cum causa acquirendi interueniat, licet non titulus.

Ratio, cur per nouationem inualidam non dissoluantur pignora, obligentur tamē nouitèr adiecta.

Ex causa potest ius acquiri, quamuis deficiat titulus.

4 Respondeo secundò, si nouatio in parte fuerit inualida, & in parte subsistens, & valida, ius pignoris quoad partem, pro qua est inualida, subsistit, non sic pro parte, pro qua est valida *Negusantius de pignor. part. sexta memb. 3. num. 4., Baldus in d. l. si paternam, C. ad Velleian.* Textus allegatus hoc manifestè euincit, vbi dicitur, quod, si pro debito patris, pro quo constituta est hypotheca filij eiusdem, & filiæ nouauerint recipiendo in se obligationem, quamuis filiæ virilibus obligationibus eximantur propter exceptionem, quæ ex Senatus Consulto Velleiano descendit, filij tamen in id, ad quod se obligauerunt, teneantur; ex quo textu clarè deducitur, quod filij, qui pro parte nouauerunt, teneantur secundum personales actiones, & quoad pignora, si quæ supposuerunt, per quod eximuntur priora pignora à patre supposita; filiæ verò pro parte, pro qua in contractum deuenerunt, non remaneant obligatæ, sed earum persona subducta possit in id pater conueniri, in quo conueniretur, si filiæ non intercessissent.

Euincitur ex rationibus superiùs adductis.

Ratio autem responsionis, & huiusmodi iuris ea est, quia, si nouatio sit inualida quoad totum, pignus præcedens remanet quoad totum, ergo, si fuerit inualida quoad partem, & subsistens quoad alteram, erit subsistens pignus quoad partem pro qua nouatio est inualida, infirmum quoad partem, pro qua nouatio est valida. Consequentia tenet, quia ita se habet totum ad totum, sicuti pars ad partem *argum. l. quæ de tot. ff. de rei vendit. Euerard. in topic. legal. loc. 80., Cantiun. in simil. tract. loc. 5., Petr. Andr. Gramat. in Dialect. leg. lib. 1. loc. 4., Rebuff. ad l. appellatione rei 72. vers. negatiuè; um f. qq. ff. de verb. significat.*, vbi ampliat in exceptionibus, probationibus, quantitatibus, corporibus, & tam affirmatiuè, quam negatiuè, præcipuè vbi militat eadem ratio *Abbas cons. 58. quidam Nicolaus in fin. vers. præterea lib. 2., Alexander cons. 13. viso in fin. lib. 4., Bertaz. in claus. instrum. claus. 21. glos. 19. num. 1.*, prout militat in casu præsenti.

Ita se habet totum ad totum ac pars ad partē.

Neque huic responsioni aduersari potest textus *in l. si Titius in princip. ff. de fideiuss.*, vbi, cum plures accesserint fideiussores habiles, dicuntur obligari in solidum, quamuis alter eorum non fuerit idoneus, seu non potuerit fideiubere; Non, inquam, aduesari potest, quia, vt benè habet *Glosa in d. l. paternam in verb. teneri, C. ad Velleian.* dispar est ratio in allegatu textu *in l. si Titius*, ac in casu præsenti, quia ibi omnes in solidum promiserant constituendo se debitores pro toto, quinimmò fideiussores, quando nihil specialiter fuerit dictum, semper tenentur in solidum, *§. si plures instit. de fideiuss.* hic autem non promiserant in solidum, sed tantum pro rata, quinimmò si expressè non se obligant in solidum, semper ad ratam solummodò præsumuntur obligari.

Satisfit iuri ex aduerso.

5 Ex dictis deducit *Alexander in l. solutum in princip. ff. de pign. act.* notabilem cautelam pro eximendis pignoribus in vim prioris obligationis assignatis sine solutione, asserit enim, quod, si quis sit debitor alterius centū nummorum aureorum, & pro eisdem assignauerit pignora, seu hypothecas debeat ab eodem exigere mutuos alios decem nummos aureos, & promittere illi totam quantitatem, nempè centum nummos aureos antecedentèr debitos, & decem, quos modò mutuos accipit, & obligare se per instrumentum animo nouandi priorem obligationem, non aliter repetendo prima pignora in obligatione nouata, nam per hoc

Cautela Alexandri ad eximenda priora pignora, sed reprobatur

hoc censebuntur liberata priora pignora, & incipit noua hypotheca tempore obligationis nouatæ. Sed non libentèr, & absolutè acquiesco huic illationi, quandoquidem ad nouandum non sufficit solus animus, & intentio obligati, sed etiam requiritur consensus creditoris, sine quo non potest esse nouatio; ex eo autem, quod creditor consentiat, quod in eodem instrumento apponatur prior obligatio, non intelligitur consentire nouationi, seu transactioni prioris obligationis in aliam; sed quod prior obligatio solummodò in nouo instrumento exprimatur, seu quodamodo confirmetur.

---

§. XIII.

An quid teneantur pignorator dans, & pignoratarius recipiens rem alienam in securitatem sui crediti.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ in suis terminis exponitur. 1.

Si tàm pignorator in dando, quàm pignoratarius in recipiendo pignus fuerint in mala fide tènentur nō solum ad restitutionem rei, sed vlteriùs ad quodcumque interesse, & compensationem damnorum. 2.

In ordine ad rem ipsam, & fructus, & accessiones eiusdem tenetur primo loco pignoratarius, secundò subsidialitèr pignorator. 3.

In ordine ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis principalius tenetur pignorator, minùs principalitèr pignoratarius. 4.

Si vterque fuerit in bona fide tenetur vterque restituere, si res extet, eiusque fructus, si non extet, tenetur vterque in id, in quod factus est locupletior. 5.

Si alter ipsorum fuerit in mala fide, hic tenetur restituere. 6.

Disquisitio XIII. Titius contracto debito cum Caio eidem in securitate 1 assignauit in pignus rem alienam. Dominus cognita furtate rei, & oppignoratione de ipsa facta contendebat aduersus ipsos ad eandem repetendam. Hic quæritur, ad quidnam tam pignorator, quam pignoratarius erga ipsum teneantur.

Triplex consideratio circa casum propositū. Secundum triplicem considerationem potest præsens titulus examinari; vel enim tam pignorator, quam pignoratarius erant in mala fide, vel pignoratarius in bona fide, pignorator in mala; vel vterque in bona fide, quatenus ille dederit existimans rem illam esse suam, hic receperit, existimans esse eiusdem pignoratoris. His positis.

Respondeo primò, si tam pignorator in dando, quàm pignoratarius in recipiendo 2 pignus fuerint in mala fide, tenentur non solum ad restitutionem rei, sed vlteriùs ad quodcunque interesse, & compensationem damnarum, *Ognate d.tract.20.disp.55.sect.3.n.68.* Ratio huius responsionis deducitur ex communi regula, quam tradunt Theologi *in secundam secundæ D. Thomæ in quæstionibus de restitutione*, quod scilicet vsurpatores, detentores, & alienatores rei alienę cum mala fide teneantur rem extantem reddere vero Domino cum omnibus fructibus, & accessionibus, & interesse lucri cessantis, & damni emergentis, ergo, si in nostra hypothesi vterque contrahens fuerit in mala fide, per eosdem erit non solum res pignori supposita, sed etiam fructus, & alia omnia, vel ad lucrum cessans, vel ad damnum emergens spectantia, restituenda.

Ratio deducitur ex generali regula iniquè vsurpantium, & detinentium.

Hic solum remanet dubitandum, quinam ordo pignoratorem, & pignoratarium in onere restitutionis, tam in ordine 3 ad rem ipsam oppignoratam, quam in ordine ad fructus, & accessiones, & ad onera pro lucro cessante, vel damno emergente, sit seruandus. Respondeo primò, in ordine ad rem ipsam, & fructus, & accessiones teneri primo loco pignoratarium, secundò loco subsidialitèr pignoratorem. Deducitur ex generali regula, secundum quam primò tenetur, qui rem possidet, & qui fructus ab eadem percepit, si constet de mala fide ipsius, sed pignoratarius rem possidet, & fructus percepit, ergo ipse principaliùs in ordine ad ista tenebitur.

Primo loco tenetur, qui rem possidet, & fructus percipit.

Respondeo secundò, in ordine ad interesse 4 lucri cessantis, & damni emergentis principalius teneri pignoratorem, quam pignoratarium; Rationem ex eo deduco, quia ipse fuit principalis causa huiusmodi interesse, nec aliquid ex ijs resultat in vtilitatem pignoratarij, ergo ipse pignorator in ordine ad ista principaliùs tenebitur.

Ipse fuit causa principalis damni

Respondeo secundò, si vterque, scilicet 5 tàm pignorator, quam pignoratarius fuerit in bona fide, tenetur vterque, si res extet, eiusq; fructus, vel aliqua pars eorū restituere; si verò res non amplius extet, neque fructus in specie, tenetur in id, quod ex eis processit, id est in rem versum est, & id, in quo facti sunt locupletiores. Prima pars deducitur ex communi regula, secundum quam dicitur, quod res aliena semper pro domino clamet, & in ipsum iure quodam innato feratur. Secunda pars ex eo euincitur, quod in data hypothesi non tenentur nec ratione rei acceptæ, cum amplius apud ipsos non extet, nec ratione iniustæ acceptionis, cum vterque fuerit in bona fide. Quod, si deindè res ipsa, vel fructus eiusdem

Deducitur ratio ex generali regula,

versa

versa fuerit, vel fuerint in rem eorundem contrahentium, non est, cur non debeant id compensare, cum nemo debeat ditescere ex iactura aliena.

6 Tenetur ratione iniustæ acceptionis. Respondeo tertiò, si vel pignorator, vel pignoratarius fuerit in mala fide constitutus, ex ijs in mala fide tenebitur, vel ad rem ipsam, si extet, vel ad eius, & fructuum æstimationem, si non extet, restituendam. Ratio est, quia, quamuis re non amplius extante nullus teneatur ratione rei acceptæ, acceptor tamen, seu possessor, si fuerit in mala fide, tenetur ratione iniustæ acceptionis.

Hæc adeò vera, & extrà controuersiam existimat *Ognate*, vt apertè afferat memoriæ mandanda esse, nec vllum esse, qui possit eisdem refragari.

---

§. XIV.

An emptor rei pignoratæ præferendus sit cæteris creditoribus, si ex pecunia, qua emit, debitum solutum fuerit priori creditori.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Sententia asserens non præferendum esse emptorem. 2.
Emptor potest iustè exigere, quod præferatur. 3.
Satisfit rationibus sententia contraria. 4.

1 Facti series in suis terminis. DIsquisitio XIV. Cum obligatus esset Caius erga Sempronium pro summa librarum quinquecentum, pro tali summa constituit certum pignus, seu hypothecam. Ex consensu etiam Sempronij creditoris Octauius rem hypothecatam emit, & debitum soluit, pro quo tenebatur Caius, eidem Sempronio. Mox alij creditores insurrexerunt aduersus rem per eundem Octauium emptam, qui quidem erant priores in credito ipsa solutione facta per Sempronium, licet posteriores respectu crediti ipsius Sempronij. In tali emptione non fuit expressè conuentum, quod Octauius succederet in locum Sempronij. Hic orta fuit controuersia, an Octauius possit se tueri aduersus alios creditores posteriores eodem Sempronio, donec pecunia priori creditori soluta sibi offeratur.

2 Ratio dubitādi pro parte asserente emptorē non esse præferendum. Videtur dicendum, non posse Octauium se tueri aduersus alios creditores, nisi expressè fuerit conuentum, quod ille succedat in iure Sempronij *ex l. si potiores de ijs, qui in prior. cred. loc. succed.* ampliatiuè *ad l. 1. eod. tit.* vbi dicitur, quod, qui soluit priori creditori, in ius ipsius non succedat, nisi ab eo impetret iuriū cessionem, quod etiam videtur colligi *ex l. creditor, qui prior, §. si quoniam, ff. qui pot. in pign. hab.* hocque idem asserit *Gloss. vltim. in fin. in l. cum prior, ff de distract. pign.*, quod etiam ibidem probat *Baldus, & Salicetus, Fulgos. ad l. fideiuss. in fin. ff. eod., & in l. creditor la. 2. in princip. ff. qui pot. in pign. hab.* Nihilominus

Respondeo, probabilius esse, Octauium posse tali exceptione, quod priori creditori soluerit, se tueri, *Mantica de tacit., & ambiguit. conuent. lib. 11. tit. 29. num. 5.*, atque expressè responsio colligitur *ex l. qui à debitore, ff. qui pot. in pign. hab.*, vbi expressè sic legitur, *eum, qui à debitore prædium obligatum comparauit, eatenùs tuendum esse, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia peruenit*, atque hunc sensum nostrum sustinent, *glos. in l. si potiores de ijs, qui in prio. cred. loc. succed., & in l. 1. in princip. in verb. desiderabit, ff. quib. mod. pign. sol., Albericus in l. posterior, & in l. cum prior. ff. de distract. pign., Salicetus in l. 1. in princip. ff. quib. mod. pign., vel hypoth. sol., Bartolus in l. qui à debitore, ff. qui pot. in pign. hab., Paulus Castrensis cons. 370 visis actis, & actitatis in antiq., Fulgos. in d. l. cum prior, ff de distract. pign., Negus. de pign. part. 5. memb. 3.* 3 Iura, quibus innititur assertum.

Quamobrem ad ea, quę ex aduerso obijciebantur, nunc respondendum est; & quidem primò ad textum *in l. si potiores iuncta l. 1. de ijs, qui in prior. cred. loc. succed.*, dicendum est, quod huiusmodi iura rectè procedant, quandoquidem in ijs intelligitur, quod emptori, vel creditori tradita non fuerit possessio, tunc etenim, vt emptor possit se tueri, tria requiruntur; primum, vt ad hunc effectum pecuniam creditori dederit; secundum, quod pecunia verè fuerit soluta; tertium, vt expressè conuentum sit, quod in locum prioris creditoris succedat, iuxta *Glos. in l. Aristo. ff., quæres pign. obl. possint*. Secundò ad textum *in l. creditor, §. si quoniam, ff. qui pot. in pign. hab.* dicendum est, nihil aduersus nos euincere, quia ibi dicitur solummodò, quod possessor rei pignori obligatæ, qui condemnatus fuit soluere litis æstimationem, ità teneatur secundo creditori, ac si soluta esset pecunia primo creditori, sed quando soluta est pecunia ab eo, qui possidet in ea quantitate, potior est secundo creditori per textum *in l. creditor, §. tum ex causa, ff. de distr. pign.* Tertiò ad id, quod adducitur ex *glos. in l. cum prior, ff. de distract. pign.* dicendum est, eam procedere sine aliquo iuris fundamento, nam hæc exceptio oritur ex æquitate; vndè eadem glos. postea dixit, hoc sibi non placere, *& Paulus Castrensis in d. cons. 370. in antiqu.* dicit se nescire, quo spiritu hoc Glos. dixerit, quod idem affirmauit *Negusantius de pign. part. 5. memb. 3. n. 3.* 4 Satisfit rationibus ex aduerso appositis.

DIS-

DISQVISITIONES II.

A quinta ad decimam prænotionem inclusiuè.

§. I.

An vxor in rebus emptis pecunia dotali sit præferenda alijs mariti consocijs in negotiatione?

S V M M A R I V M.

Refertur status controuersiæ cum suis qualitatibus. 1.

Duplex sensus, secundum quem potest examinari controuersia. 2.

Supposito illo pacto præferenda est vxor quibuscumque alijs creditoribus societatis, seu consocijs mariti. 3.

Pretium succedit loco rei etiam in iudicijs particularibus, quando est conuentio. 4.

Res empta partim ex pecunia dotali, partim ex pecunia socij mariti, partim cedit vxori, partim socio. 5.

Præscindendo ab illo pacto res illa empta ex pecunia dotali non subrogatur immediatè pro eadem pecunia, nisi res illa empta sit nomine vxoris, remanent tamen eidem obligata in subsidium pro dote. 6.

1 Speciale pactum, quod interuenire supponitur in cōtractu dotali.

Disquisitio I. Tradidit in dotem Seuerina Caio marito solito in societatibus negotiari mille nummos in pecunia numerata ea adiecta conditione, & pacto, vt non solum res præsentes, & emptæ intelligantur pro dote obligatæ, sed etiam futuræ, & emendæ. Contraxit Caius societatem cum alijs, in qua pecuniam illam dotalem constituit pro suo capitali, ex qua titulo, & nomine societatis eiusdem fuerunt acquisitæ merces plurimæ. Vrgente iam tempore dissolutionis eiusdem contractus, cum non tot bona extarent, quot sufficere possent ad debitum dotale, & ad debita, & iura societatis orta fuit controuersia, an ex bonis, & mercibus eiusdem societatis prius satisfacienda esset vxor pro sua dote, an verò potius sananda debita societatis, an tandem prius satisfaciendum alijs consocijs, qui bona sua contulerunt?

2 Sententia afferens præferendam esse vxorem.

Proponit hanc difficultatem, & latè discutit *Stephanus Gratianus discept. for. tom. 5. c. 964. à n. 8. ad 21.*, vbi pluribus discussis, & latè examinatis tandem concludit, præferendam in illa contentione vxorem pro suis bonis dotalibus ratione illius specialis pacti, & conuentionis, quod omnes merces non solum emptæ, sed etiam emendæ, sibi cederent in obligatione, cui etiam adhærere videtur *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 18. num. 41.* Pro pleniori doctrina difficultatem hanc sic expositam placet sub duplici consideratione examinare, & primò supposita illa expressa conuentione, & pacto, quod res omnes emptæ, & emendæ pecunia dotali cedant in securitatem eiusdem pecuniæ; Secundò præscindendo ab illo pacto, & conuentione, & attenta præcisè natura contractus dotalis. Proceditur vel supposito pacto, vel præscindendo ab illo.

3 In iudicijs particularibus pretium non succedit loco rei.

Respondeo primò, stante illo pacto, seu conuentione præferendam esse vxorem quibuscunque alijs creditoribus societatis, seu consocijs mariti, etiam quoad iura eiusdem societatis *Gratianus, & Bossius locis quibus suprà*. Facilè responsio ex eo deducitur, quia, quamuis in iudicijs particularibus pretium non succedat loco rei, nec res loco pretij, per ea, quæ habet *Glosa in l. qui vas, §. vlt. ff. de furtis, & in l. Labeo, & Sabinus, ff. de verb. signif., Tiraquel. de retract. lignag. §. 32. glos. vnica num. 16., Menochius cons. 213. nu. 1., & 2., Petrus Barbosa in rub. sol. matrim. p. 3. num. 74., Camillus Borellus in summa decis. part. 3. tit. 5. n. 28.*; fallit tamen quando à partibus, seu contrahentibus fuit expressè conuentum, quod res succedat loco pretij *Glosa, & Doctores in l. res quæ ff. de iur. dot., Glosa in l. sed, & si lege, ff. de pet. hered. verb. non videretur, & in l. Imperator, §. fin. ff. de leg. 2.*, nec iura societatis refragari possunt iuri iam acquisito per vxorem, tam in mercibus emptis, quam emendis, quandoquidem hypotheca, quam acquisiuit vxor in illis, incipit à die conuentionis, & actio hypothecaria eidem competens non est præcisè ad rem, sed in re *l. pignoris prosecutio, ff. de pignoribus*, quæ propterea res non potuit acquiri societati, nisi cum illo onere, cui subest ratione specialis, & expressæ conuentionis, nec maritus ratione alterius contractus subsequentis societatis potest præiudicare iuri iam mulieri acquisito *Gratianus discept. forens. tom. 5. cap. 964. n. 16.* Nec obesse possunt ea, quæ alibi dicta sunt *tom. 3. sub tit. Contractus VII. de societate disqu. 1. §. 18. num. 3., & 4.*, nempè creditorem ex societate præferendum esse creditoribus alijs quantumuis anterioribus in bonis eiusdem societatis, si fuerint creditores ex alia causa; Non, inquam, obesse possunt, quia, cum hypotheca in fauorem mulieris inducta sit antecedentèr ad societatem contractam in bonis per eandem emendis, confert ius eidem in eisdem bonis antecedentèr ad ius sociorum, quod propterea eidem nequit præiudicium inferre.

4 Secus quando per contrahentes exprimitur.

Actio hypothecaria vxoris non est præcisè ad rem sed in re.

Quod, si supponas, quod illæ merces non solum fuerint acquisitæ ex propria eiusdem vxoris pecunia dotali, sed etiam ex bonis alterius consocij proprij mariti; tunc dicendum erit, quod vxor præferenda sit

dum;

5 Nõ cedit quoad bona acquisita pecunia socij.

dumtaxat in illa parte mercium, quæ ad maritum pertinerent; non enim ex eo, quod alius consocius mariti contulerit præcisè pecuniam suam in societatem, intelligitur, quod eam obligauerit in fauorem vxoris alterius; neque ab hoc dissentiri arbitror *Ioannem Angelum Bossium d.c.18 nu 41.*, dum dicit, quod dissoluta societate prius soluenda sit pecunia dotalis vxori, quam soluantur alia debita socialia, & fiat diuisio inter socios; non, inquam, arbitror dissentiri, quandoquidem ibi supponit, quod res omnes fuerint emptæ ex pecunia dotali nihilo contribuente altero socio, nisi propriam industriam, vel fortè etiam supponit, quod alter consocius consenserit in illam obligationem mariti, quia tunc videtur, res omnes societatis obligasse.

Supponit res emptas solum pecunia dotali.

6 Sine pacto res emptæ non subrogantur pro dote.

Respondeo secundò, præscindendo ab illo pacto, vel conuentione res illæ emptæ ex pecunia dotali non subrogantur immediatè pro eadem pecunia dotali, nisi res illæ emptæ sint nomine eiusdem vxoris, remanent tamen eidem obligatæ in subsidium pro sua dote *Glosa in l. ex pecunia, C. de iure dot., Baldus Nouellus de dote p.2.n.5., Corneus consil.170. nu 2. lib 4., Constantius Rogerius de dote inspect 1.n.10, Baptista de S.Blasio de priuileg. dotis cent.2.nu.7., Mantica de tacit., & ambig. conuention. lib.12. tit.27. num. 4.*, in qua hypothesi socius, qui cum marito societatem coierat, non videtur obligari ad easdem merces vxori referendas, nisi subsidialitèr, quatenus nec maritus, nec eius hæredes haberent, quo satisfacere possent. Prima pars huius responsionis maximam vim habet in textu *l. ex pecunia, C. de iure dot.*, vbi expressè sic legitur. *Ex pecunia dotali fundus à marito tuo comparatus non tibi acquiritur*, & ibi consequentèr subditur, *quod mulieri competit actio ad solam pecuniam repetendam, vel eius residuum, si pars restituta sit.* Iuxta quem textum omnes Iurisperiti concludunt, res emptas ex pecunia dotali non fieri dotales, nisi concurrant conditiones, quod illa emptio facta fuerit consentiente vxore, seu eiusdem nomine, & cedat in vtilitatem ipsius vxoris; & licet *Petrus Barbosa in rub. ff. solut. matrimonio part.3. num.74. versus fin.*, conetur euincere, illum textum non procedere quoad rem emptam ex pecunia dotali; communior tamen consensus iuris interpretum sustinet in hoc non secernendam esse emptionem factam ex bonis dotalibus ab alijs emptionibus factis ex alia pecunia, vt benè aduertit *Ioannes Angelus Bossius tract. de dote c. 1. n. 72.*

Res emptæ ex pecunia dotali non sunt dotales.

Secunda pars magnam vim habet *in l. vxor marito & ibi Bartolus, ff. de donat. inter vir., & vxor.*, hancque magis confirmant *Baldus in l. ex pecunia, C. de iur. dot., & in l. si vt proponis, C. de rei vend., Socin. Sen. consil. 224. sub num.1. lib.2., Beroius consil.165. nu.42. lib.2.* Rationem aliqui adducunt, quod in vniuersalibus res succedit loco pretij *l. si rem, & pretium, ff. de pet. hæred. l. Imperator in fin. ff. de leg. 2.*, de dote autem communitèr dicunt, quod sit quoddam ius vniuersale, *Bartolus in rubric. ff. sol. matrim. num.18.* Sed, si vniuersalitèr vera esset hæc propositio, & ratio, directè aduersaretur præcedenti parti, & iuri pro eadem adducto, quod non est admittendum. Deindè dato etiam, quod ius dotis esset vniuersale, non propterea res dotales essent tales, quia ius ad dotem est incorporale, & propterea abstractum à rebus ipsis, res autem sunt quid corporale, quod propterea a rebus ipsis nequit abstrahi. Quamobrem existimo rationem fundari in speciali iure dotis, ne scilicet vxor indotata remaneat, quotiescunque maritus, vel eius hæredes non sunt aliter soluendo *Bartolus consil.142. nu.25. lib.1.*, hocque eidem doti, seu rebus dotalibus conuenit, etiam si expressè actum non fuerit ad differentiam aliorum contractuum, in quibus debet expressè agi; ex quo arguitur, quod priuilegium dotis non consistat in eo, quod res empta pecunia dotali fiat dotalis directè, sed tantum, quod subsidialitèr possit per vxorem reuocari, & vindicari, quando maritus, eiusque hæredes sunt impotentes ad satisfaciendum eidem vxori, cui propterea competit vtilis rei vendicatio, per textum *in d.l. vxor marito ff. de don. inter vir., & vxor.* Quod, si vrgeas, quod in dicto textu solum concedatur vxoris vtilis rei vendicatio, quando eidem non competit aliud remedium pro repetitione suæ dotis, quod tamen in præsenti hypothesi competit, cum possit vxor agere hypothecaria, iuxta textum *in l. vnica §. & vt plenius C. de rei vxor. actione, & §. fuerat instit. de action.*, quo propterea remedio extante non potest vti vtili rei vendicatione, quæ tantum datur in subsidium, statim impugnaberis, quia, vt benè notat *Negusantius de pign. part. 5. memb. 3. num. 38.*, quamuis vxori competat actio hypothecaria, quando tamen maritus non est soluendo vxor eadem duplicem potest habere actionem, vel hypothecariam, vel vtilem rei vendicationem, & potest eligere, quam velit, per textum *in l. in rebus, § 1. ad fin. C. de iure dot.*, & quidem in multis eidem vxori fauorabilior esset vtilis rei vendicatio, quam hypothecaria, quandoquidem in primis, vt benè notat *Socin. Sen. consil.224. n.1. vers. & si dicatur lib. 2.*, hæc vtilis rei vendicatio competere potest vxori, siue res empta fuerit à marito pecunia dotali, siue ab extraneo, hypothecaria verò non competit, si ab extraneo fuerit empta, quia bona extranei nõ sunt hypothecaria vxori pro dote. Deindè, si alij creditores habeant tacitam hypothecam anteriorem tacita hypotheca mulieris

Ius dotis est quoddam ius vniuersale.

Ratio est, ne vxor indotata remaneat.

Competit vxori in data hypothesi vtilis rei vẽdicatio.

Quando maritus non est soluendo vxor duplicem habet actionem.

Fauorabilior est in multis vtilis rei vendicatio, quàm hypothecaria.

lieris non sufficit, vt eisdem mulier præferatur *l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab.* actio verò vtilis rei vendicatiua sufficit, vt cæteris omnibus præferatur, *Mantica de tacit., & ambigu. conuent. lib. 12. tit. 27. num. 21. vers. sed ego considero*, propter eam rationem, quam adducit *Baldus in d. l. in rebus col. 1. in fin. vers. ibi, & hypothecaria, C. de iur. dot.*, quia scilicet vtilis rei vendicatio est quasi ad rem propriam, hypothecaria autem quasi ad rem obligatam.

---

§. II.

An hypotheca tacita præscriptione inducatur.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu sumendus sit titulus. 1.

Rationes pro impugnantibus in dicta hypothesi hypothecam. 2.

Possessor titulo præscriptionis non potest validè se munire aduersus alios creditores agentes ad rem per se possessam. 3.

Iura approbant præscriptionem, non hypothecam inducunt. 4.

Pignus per solum lapsum temporis à iure requisitum ad præscribendum non præscribitur. 5.

1 Facti series exponitur. DIsquisitio II. Cum per longum temporis spacium etiam triginta annorum, & vltra possedisset Caius rem aliquam Antonij tanquam sibi hypothecatam, cum tamen hypotheca non resultaret, nec ex dispositione iuris, nec ex expressa contrahentium conuentione agentibus alijs creditoribus anterioribus non habentibus hypothecam in tali re excipiebat idem Caius de hypotheca sibi competente in tali re ex titulo præscriptionis triginta annorum, & vltra, aduersus quem replicabant cæteri
2 creditores non hypothecarij, quod hypotheca tacita eidem prodesse non poterat, nisi in casibus, in quibus est inducta à lege communi, vel municipali, & quod de expressa non constabat per textum *in l. ante omnia, ff. de prob.*, *Baldus in l. 2. C. in quib. caus. pign., vel hypotheca tacit. cont.*, *Raphaelus Fulgosius cons. 59. num. 2.*, *Immola cons. 50. num. 3.*, *Romanus in l. si cum dotem §. si maritus num. 26.*, *& ibi Alexander*, *§. sin autem in seuissimo num. 11. vers. 2. cum non reperiatur, ff. sol. matrim.*, *Abbas cons. 43. in fin. lib. 2.*, *Alciatus in l. 1. in princip. n. 16. ff. de acquir. possess.* Quæritur modò, quid iuris.

3 Respondeo, Caium præscriptionis titulo non validè se munire aduersus alios creditores agentes aduersus rem per se possessam, *Baldus in rubr. extrà de præscriptione num. 20.* *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 12. num. 5.* Ratio ex ijs deducitur, quæ dicta sunt in replicatione in fauorem Antonij, seu creditoris eiusdem; non enim contrahitur hypotheca tacitè, nisi ex lege, siue communi, siue municipali, vt etiam docent præter allegata iura, & Doctores, *Ludouicus Bolognetus cons. 51. num. 2. in fin.*, *Crauetà cons. 196. n. 2., & consult. 872. nu. 2.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 12. num. 1.*; Neque dicas, quod ex eo, quod iura approbent præscriptionem, videantur etiam implicitè saltem approbare hypothecam, quæ per eandem præscriptionem intenditur; Contra cuim impugnaberis, quia, quantumuis aliquando iura approbent præscriptionem, non tamen efficiunt, quod per ipsam inducatur hypotheca tacita; & legalis; aliud enim est, quod iura approbent præscriptionem, aliud, quod constituant legalem hypothecam; quæ dicatur per præscriptionem induci, nam hypotheca tacita ea tantum est, quæ in rebus à dispositione iuris est expressè apposita; ius autem expressè non statuit, vt res possessæ spacio triginta annorum sint possessori tacitè hypothecatæ, adeoque &c. Hypotheca tacita sine lege non contrahitur. 4 Iura approbant præscriptionem, non tamen inducunt hypothecam.

Quod, si dixeris omnia alia iura, & etiam actiones, quæ speciali iure non sunt prohibita vsucapi, tempore à iure præfinito legitimè præscribi, adeoque non esse, cur etiam pro tali tempore per præscriptionem non possit induci hypotheca, statim impugnaberis, quia, præterquam quod verum absolutè non est, quod omnia alia iura, & actiones possint præscribi, vt latè videbimus, dum de præscriptionibus in particulari, adhuc ex speciali ratione hypotheca non potest per præscriptionem induci, vbi non est, vel per pacta expressa, vel per dispositionem iuris tacitè inducta, quando quidem possessio rei non est per se ordinata ad inducendam hypothecam, sed potius ad acquirendum dominium; cum igitur detentor rei non intendat acquisitionem dominij, non potest fundare intentionem acquisitionis hypothecæ, quæ non inducitur nisi, vel per pacta expressa, vel per iuris dispositionem, quod certè non statuit, quod ex præcisa rei detentione acquiratur. Possessio non est ordinata ad inducendam hypothecam, sed ad acquirendum dominiū.

Ad hoc corroborandum maximè facere videtur, quod habet *Baldus in l. si sine voluntate num. 5. C. ad Velleian.*, quod scilicet, si quis alteri obligauerit rem alienam, & eam titulo hypothecæ possederit longo tempore, non tamen iste præscribat hypothecam, quia cum hypotheca non constituatur verbo promissiuo, sed effectiuo, & hoc verè non interuenerit, non potest in eodem legitimè fundari, ex quo etiam congruè consequi videtur, quod, quamuis Ratio à Baldo adducta.

rem

rem propriam detulerit, non tamen hypothecæ subijecerit, non propterea hypotheca in fauorem detentoris consequatur ex illo temporis lapsu præfinito ad præscribendum.

Adde, quod per solum temporis lapsum præfinitum ad præscribendum pignus per creditorem non præscribitur per textum in *l. nec creditoris, & ibi Doctores, & Baldus C. de pignorat. act.*, quia, quantumuis creditor possideat bona fide, cum habeat causam possidendi per traditionem debitoris, scit tamen illam rem, quæ tradita fuit in pignus, esse rem alienam, & sic scientia alienitatis rei tollit præscriptionem *l. communi diuidundo, ff. com. diuid. §. inter prædones vers. & si precario*, ergo, nec per solum temporis lapsum eadem hypotheca, seu ratio pignoris poterit induci, cum militet etiam ratio alienitatis rei; tempus enim, quod non est sufficiens ad constituendam rem obligatam sub dominio creditoris, nec videtur sufficiens ad eidem eandem rem sub hypotheca obligandam.

Militat eadem ratio de acquisitione pignoris, & hypothecæ.

---

§. III.

An, & quibus competat ius offerendi priori creditori, vt in ipsius locum quoad hypothecam succedant.

SVMMARIVM.

Proponitur status difficultatis in suis terminis, & varij articuli examinandi. 1.

Secundus creditor ius habet offerendi primo creditori suum creditum ad effectum liberandi pignus à suo credito, & confirmandi suam hypothecam. 2.

Secundus creditor etiam ius habet offerendi, quantumuis res hypothecata primo creditori eidem per debitorem fuerit tradita in solutum, seu vendita. 3.

Ius offerendi respectu secundi creditoris non extinguitur, quantumuis primus creditor, qui rem illam insolutum à debitore recepit, alteri vendiderit. 4.

Emptor, qui à primo creditore hypothecario rem emit, potest iure detentionis, & exceptionis se munire aduersus secundum creditorem, ne res empta à se repetatur, donec pretium solutum sibi restituatur. 5.

Si creditor vendat bona sibi primo hypothecata iure crediti, non potest secundus creditor vtilitèr offerre emptori ad eum effectum, vt constituatur in loco prioris creditoris. 6.

Secundus creditor potest offerre creditum primo, quantumuis inuito, qui, si nolit recipere, potest deponere, & obsignare. 7.

Etiam alij creditores posteriores secundo possunt offerre primo. 8.

Secundus creditor per oblationem legitimè factam non solum succedit in ius prioris creditoris pro sorte, sed etiam pro interusurijs, si debentur etiam inuito debitore. 9.

Secundus creditor habet ius offerendi, & succedendi non solum per effectualem debiti solutionem, sed etiam per compensationem. 10.

Secundus creditor per oblationem succedit in locum prioris, quantumuis eidem ex duobus creditis, quæ habet aduersus debitorem, offerat solummodò debitum anterius. 11.

Tertius simplex possessor, qui non sit creditor, si ex duobus debitis vnum offerat primo creditori, quod sit anterius, & non aliud, quod sit posterius, succedit in locum prioris, creditoris cum exclusione secundi, & aliorum. 12.

Secundus creditor succedit in locum prioris non solum, si eidem offerat effectiuè, sed etiam, si consensum præstet, vt alia res sibi pignori obligata distrahatur, & ex pretio illius satisfiat primo creditori. 13.

Prior creditor rem oppignoratam possidens, & offerens secundo eundem excludit à iure offerendi. 14.

Secundus creditor non potest offerre, quando ex secundo decreto res est iudicata primo. 15.

Secundus creditor non potest offerre pro sorte, nisi simul offerat pro interusurijs, quando primus ius habet quoad vtrumque. 16.

Si prior creditor possederit rem sibi oppignoratam per quadraginta annos excludit ius secundi titulo præscriptionis. 17.

Simplices possessores ad eundem effectum possunt offerre. 18.

Etiam si fuerit possessor, habet ius offerendi quantum ad effectum liberandi pignus, non quantum ad effectum cessionis iurium. 19.

Iustus possessor habet per oblationem ius, vt præferatur, quantumuis non conuenerit de cessione iurium. 20.

Creditores posteriores mariti soluto matrimonio possunt offerre dotem vxori, vt in eius locum succedant, non tamen cum iure prælationis, non verò constante matrimonio. 21.

Creditor possidens rem æstimatam datam in dotem non habet ius offerendi dotem vxori inuitæ. 22.

Possidens res æstimatas datas in dotem, si conueniatur hypothecaria, non potest se eximere per oblationem æstimationis. 23.

Ius offerendi etiam quoad effectum cessionis iurium competit fideiussoribus debitoris. 24.

Si creditor rem oppignoratam possideat in vim pignoris ex alia causa præcedenti, non sufficit, quod fideiussor offerat creditum, pro quo accessit, sed etiam debet offerre creditum ex alio titulo. 25.

Ius offerendi competit etiam Domino rei, quamuis rem illam non possideat. 26.
Ius offerendi competit cuilibet extraneo ad effectum liberandi pignus, & debitorem, non alitèr. 27.
Ius offerendi competit etiam ipsi debitori ad effectum impediendi venditionem pignoris, & purgando moram. 28.

1 Disquisitio III. Contraxerat aduersus Caium Antonius creditum cum hypotheca expressa in omnibus eiusdem bonis. Successiuè alij acquisiuerunt ius aduersus eundem Caium, qui, vt se eximerent à priori obligatione, qua afficiebantur eiusdem bona in fauorem Antonij creditoris anterioris, eidem offerre contendebant pecuniam eidem debitam ab eodem Caio, vt in eius locum, & iura succederent. Hic multiplex insurgit titulus examinandus. Primus, quibusnam competat tale ius offerendi. Secundus, quinam ex pluribus concurrentibus, qui habent ius offerendi, sint præferendi in tali iure. Tertius, qualitèr oblatio fieri debeat. Quartus, quinam sint effectus ex tali oblatione prouenientes. In hoc §. agetur solummodò de primo articulo, de reliquis in subsequentibus.

Articuli examinandi circà propositū titulum.

2 Respondeo primò. Secundus creditor ius habet offerendi Antonio primo creditori suum creditum ad effectum liberandi pignus à primo credito, & confirmandi suam hypothecam. *Negusant. de pignor. memb. 3 quinta part. n. 1., Mantica de tacit. & amb. g. conuent. lib. 11. tit. 28. num. 1.* Expresse deducitur *ex l. 1. C. qui pot. in pign. hab., & l. potior, §. fin. ff. eod. tit.*
3 Hæc adeò vera sunt, vt etiam secundus creditor ius offerendi habeat, quantumuis res hypothecata primo creditori eidem per debitorem fuerit tradita in solutum, vel vendita *Baldus consf. 84. num. 4. lib. 3., Riminaldus Iun. cons. 3. n. 9.*, & expresse deducitur *ex l. 1. §. cum autem, C. si antiqu. credit.*, ratioque ea est, quia per illam traditionem in solutum, vel venditionem ius hypothecæ secundo creditori non dissoluitur, nam res hypothecata semper transit cum suo onere *l. si debitor, C. de distract. pign. cap. ex literis de pignor.*, nec obesse potest, quod primo creditori ius per illam dationem in solutum, vel venditionem fuerit sublatum, adeoque, quod nequeat eidem statui alia solutio, seu satisfactio; Non, inquam, obesse potest, quia, ex quo res illa per ipsum in solutum accepta, vel empta intelligatur secundo creditori etiam obligata dissoluitur quidem actio eiusdem accipientis in solutum aduersus debitorem, non autem ius, quod habet secundus creditor in ordine ad ipsam, cum illa datio in solutum, & venditio sit reuocabilis per secundum creditorem volentem offerre per textum *in l. si quis aliam, ff. de solut.*, nec magis referre potest, si dicatur, quod, cum ius creditoris prioris per illam dationem in solutum, seu venditionem fuerit dissolutum, non videatur secundus creditor posse per illam oblationem succedere in prioris locum, cum nemo dicatur succedere in ius alicuius alterius, quod non est, cum sit extinctum per illam dationem &c. Non, inquam, magis referre potest, quia ius illius prioris creditoris non est præcisè in personam debitoris, sed in re ipsa, quam dicitur in solutum recipere, vel per emptionem acquirere, quod ius per illam acquisitionem non est deperditum, sed potius magis firmatum, adeoque non est, cur secundus creditor per illud ius offerendi non possit in illud succedere.

Ius hypothecæ secundi creditoris per illam dationem in solutū non dissoluitur.

Illa datio in solutū est reuocabilis.

Procede vlteriùs, & dic, non extingui dictum ius offerendi respectu secundi creditoris, quantumuis primus creditor, qui rem sibi hypothecatam in solutum acceperat, vel emerat, alteri vendidisset, quia, tunc idem secundus creditor offerendo pecuniam solutam emptori firmat suam hypothecam in illa, *Salicet. in d. l. 1. C. si antiqu. credit., Negusantius de pign. 3. membr. part. quinta n. 2.* Ratio est, quia per talem venditionem, seu alienationem non perimitur ius secundi creditoris, quod etiam intellige, si ipse debitor rem pignori obligatam alicui vendiderit, vel ita obligauerit, vt ex pecunia ex illa debita persoluatur creditum prioris creditoris; tunc etenim secundus offerendo eidem emptori pecuniam per eum solutam constituitur in locum eiusdem prioris creditoris per textum *in l. cum prior, ff. de distract. pign.*, quod mirabile asserit *Negusantius de pign. membr. 3. partis quinta num. 3.*, propter rationem, quam suprà innuimus, quod scilicet per solutionem in telligatur omninò extincta obligatio prioris creditoris per textum *in l. penult. ff. de solut., & instit. quibus mod. sol. obligat. in princip.*, obligatio autem semel extincta non amplius reuiuiscit *l. qua res, §. aream, ff. de solut.* 4

Oblatio semel extincta nō amplius reuiuiscit

Circa hanc ampliationem consurgit ratio dubitandi, quomodo possint prædicta subsistere, cum ille emptor, seu creditor, ex cuius pecunia fuit solutum creditum primo creditori sine speciali pacto, & expresso non succedat in ius eiusdem primi creditoris *l. 1. C. si antiquit. credit. l. Aristo, ff. quæ res pign. obl. pos., & l. 1. C. de ijs, qui in prior cred. loc. succed.*, cum igitur sine tali pacto ipse emptor non succedat in locum prioris creditoris, videtur, quòd secundus creditor in locum eiusdem prioris succedat sine onere offerendi eidem emptori pecuniam per ipsum solutam. Nihilominus sentiendum est, quod, quamuis sine speciali pacto non succedat priori creditori 5

quoad

Ratione iuris retentionis, & exceptionis potest nô restituere sine pretio.

quoad actionem hypothecariam, ex quadam tamen æquitate succedat quoad ius excipiendi, & retinendi, vndè ex eo, quod non acquirat ius hypothecæ, non poterit agere contra tertium possessorem, si in ipsum res illa pertransierit; ex eo autem, quod habet ius retentionis, & exceptionis, poterit aduersus secundum creditorem se munire, ne ab ipso res empta repetatur, donec pretium per se solutum ipsi contulerit; Hæc omnia firmant textus *in l. 1. in princip.*, *& ibi Bartolus*, *& Salicetus*, *ff. quibus mod. pign., vel hypoth. sol.*, *Bartolus in l. quia debitore, ff qui pot. in pign. hab.*, *Paulus de Castro cons. 370 visis actis*, *Corneus cons. 255. videtur in præsenti in lit. 1. vol. 2.*, vndè ad hoc, vt iste emptor cedat iuri excipiendi, & retinendi, poterit iustè secundus creditor pretium eidem offerre, seque in omni iure constituere quoad illud pignus.

6 Quid sentiendum sit, quando primus creditor iure crediti pignus venderet.

Hic etiam disputant Doctores, an, si primus creditor venderet bona hypothecata iure crediti tertiæ cuidam personæ, prout de iure facere posse videtur ex textu *in me stit. quibus alleg. licet §. 1. & l. si conuenerit, ff. de pign. act.*, possit nihilominus secundus creditor offerre eidem tertiæ personæ eméntì, vt constituatur in locum prioris creditoris. Prima fronte videtur affirmatiuè respondendum, quia, si primus creditor emeret, vel in solutum acciperet pignus, adhuc posset secundus creditor eidem offerre, vt magis firmaret suam hypothecam, & in locum eiusdem prioris constitueretur per ea, quæ supra dicta sunt, ergo, etiamsi primus creditor iure creditoris alteri venderet, posset nihilominus secundus creditor eidem offerre ad effectum &c. His tamen non obstantibus asserendum est in eo casu, secundum creditorem non posse vtilitèr offerre emptori ad eum effectum, vt constituatur in locum prioris creditoris. *Negusantius de pignor. membr. 3. part. 5. nu. 4.*, qui etiam rationem adducit sitam in eo, quod, quando creditor primus vendit iure creditoris, transfert in emptorem rem pleno dominio nullo onere affectam, cum tempore initæ hypothecæ anterioris acquisierit à debitore licentiam, & ius alienandi, per textum *in dict. l. si conuenerit, ff. de pignor. act.*, quod certè ius, seu licentia fuit antecedens ad tempus, seu ius secundi creditoris, quando verò primus creditor emeret, seu in solutum acciperet, dominium quidem acquireret, sed affectum hypotheca secundi creditoris, quæ per dictam venditionem non resoluitur; quia debitori non data erat facultas per secundum creditorem vendendi: Hanc rationem approbant quoque *Iacobus de Aret.*, *Cynus*, *& Salicetus in l. 1. ff. quibus mod. pign., vel hypoth. sol.*, *Corneus cons. 245. vol. 2. in lit. K.* Aduerte hic tamen, quod ea, quæ dicta sunt in hac hypothesi venditionis rei oppignoratæ per creditorem primum iure crediti factæ intelligenda sunt solummodò, quando venditio facta esset tali iure fauore extranei emptoris, secus autem, quando facta esset fauore fideiussoris debitoris, per textum *in l. 2. ff. de distract. pign.*, *& in l. 1.*, *& ibi Doctores communitèr, C. de dolo*, nec item, quando facta esset fauore secundi creditoris, quia per alium creditorem eidem secundo posset offerri, per textum *in l. cum secundus, §. fin. cum l. seq. ff. de distract. pign.*, *Glos. 2. in l. 1. C. si antiquit. credit.* rationemque adducit *Negusantius d. membr. 3. part. quintæ n. 5.*, quia scilicet censetur, quod secundus creditor acquisierit à primo causa seruandi sui pignoris; Alios plures casus, in quibus non obstante venditione facta per primum creditorem, possit secundus validè, & vtilitèr offerre vide apud *Negusantium loc. cit.*

Vide nonnullas exceptiones Negusantij.

7 Potest etiam offerre creditori inuito.

Procede vlterius, & dic, quod secundus creditor possit primo offerre, vt in eius locum succedat, quantumuis idem primus esset inuitus de tali oblatione, quia tunc potest pecuniam deponere, & obsignare, per quam depositionem, & oblationem eiusdem posterioris creditoris hypotheca confirmatur, & prioris dissoluitur *l. 1.*, *& l. pot. C. qui pot. in pig. hab.*, *& l. potior, §. vlt. ff. eod. tit.*, vndè in hac hypothesi posterior creditor poterit agere aduersus primum, vt sibi cedat iura sua *l. Aristo. nu. 2. ff quæ res pign. oblig. pos.*, & ipso nolente immediatè in eius locum succedit, & iura eius acquirit, dummodò deposuerit, & obsignauerit *Bartolus in l. 1 num. 1.*, *& 2. C. qui pot. in pign. hab.*, *Negusantius de pign. memb. 3. part. quintæ nu. 10. vers. 2. amplia.*

8 Succedit etiam in iure pro interusurijs, si quę debentur

Procede vlteriùs, & dic, vt hoc ius offerendi primo creditori non solum competat secundo creditori, sed etiam alijs omnibus creditoribus, quantumuis eidem secundo posterioribus, per textum *in l. creditor, C. de pign. l. quærebatur*, *& ibi Bartolus*, *ff. qui pot. in pign. hab.* Concurrentibus verò pluribus simul ex eisdem creditoribus ad talem oblationem quinam postea sint præferendi, dicetur infra in sequentibus responsionibus.

Procede vlterius, & dic, vt secundus creditor per illam oblationem legitimè factam non solum succedat in ius prioris creditoris pro sorte, sed etiam pro interusurijs, si debentur, etiam inuito debitore, per textum *in l. si prior, §. 1.*, *& ibi Bartolus, ff. qui pot. in pign. hab.*, *& l. secundus, C. de pign.* rationque ea esse potest, quia secundus creditor offerendo debitum priori non solum succedit in ius hypothecæ, sed etiam dominij, quando hoc fuit translatum in eundem priorem creditorem *l. 3. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.*, *Bartolus in d. l. Aristo. num. 1. in fin. ff. quæ res pign. oblig. poss.*, *Negusantius de pig. d. memb. 3. part. 8. num. 3.*

Pro-

10 Compensatio æquiualet solutioni. Procede vlteriùs, & dic, vt ius habeat offerendi, & succedendi in locum prioris, si non solum effectualitèr debitum persoluerit, sed etiam si eidem per compensationem satisfecerit per textum *in l. si debitor ante, & ibi Bartol., & Baldus, ff. qui pot. in pign. hab.* Ex quo infertur, quod, si prior creditor fuerit creditor mille scutorum aureorum, & secundus fuerit creditor eiusdem prioris ex alia causa quinque centum, sufficiat, quod eidem offerat quinquecentum, aliaque per suum creditum eidem compenset, *Baldus in cap. cum super num. 24. de re iudicat.*

11 Procede vlteriùs, & dic, quod secundus creditor succedat in locum prioris, quantumuis eidem ex duobus creditis, quæ habet aduersus debitorem offerat solummodò debitum anterius, non autem posterius per textum *in l. quærebatur, ff qui pot. in pig. hab., Negusantius de pign. 3. memb. part. quinte num. 11., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. num. 7.*

12 Opinio Negusantij asserentis tertium possessorem offerentem creditori creditum anterius, & non posterius non succedere in ius illius. Disputant hic Doctores, an, si alius simplex possessor, qui non sit creditor, ex duobus debitis vnum offerat primo creditori, quod sit anterius, & non aliud, quod sit posterius, succedat in locum eiusdem prioris creditoris cum exclusione secundi, & aliorum. Negantèr respondent *Negusantius d. membr. 3. part. 5. num. 31., & 32., Mantica dict. lib. 11. tit. 28. num. 7.*, & disparitatem conatur assignare idem Negusantius inter hunc tertium simplicem possessorem, & secundum creditorem sitam in eo, quod hic simplex possessor, cum non habeat aliquod ius in bonis, quæ per oblationem intendit acquirere, non prætendit interesse ratione alicuius crediti; creditor autem secundus iura intendit ratione sui crediti, & per consequens, si simplex possessor vult liberare rem à creditore agente, debet soluere tam primum, quam secundum creditum, prout habetur in textu *in l. creditor, qui prior §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.*

Contrarium statuitur cũ suis rationibus. Nihilominus sentiendum existimo cum *Decio cons. 104. in penult. col. incip. considerratis omnibus* in suppositione, quod simplex possessor possit offerre, possit ius acquirere in re oppignorata, quantumuis offerat solummodò debitum anterius, quidquid contrarium euincere conetur *Negusantius loco citato.*

Succedit in eo iure per quo facta fuit oblatio. Ratio ea esse potest, quia offerens in eo iure constituitur, in quo erat creditor in eo, pro quo facta fuit oblatio, nec aliud creditum eiusdem creditoris posterius potest eidem offerenti pro credito anteriori offere; quod multis rationibus potest euinci; & primò, quia, si tertius possessor offerat debitum priori creditori, potest se tueri contra secundum creditorem illo posteriorem, ergo etiam poterit se tueri aduersùs eundem priorem creditorem agentem ex alio credito posteriori; quandoquidem in ordine ad illud creditum posterius perindè est, ac si esset creditor alius posterior; nec obesse potest, si asseratur, creditorem primum possidentem pignus, ex duplici causa, altera priori, altera posteriori, cui fuit solutum primum creditum, posse vti retentione pignoris ratione alterius hypothecæ, quantumuis posterioris, quam habet in eodem pignore, quod primò euincit textus *in l. 2. C. de fideiuss.* Secundò, quod cedens actiones simplicitèr nunquam contra se ipsum cedere intelligitur *l. si peculium, §. sicut, ff de pecul. leg., Baldus in l. 2., C. an ser. ex suo fact., Alexander cons. 119. viso processu col. 2. l. 2.* iuxtà textum *in l. inquisitio, C. de solut., Glosa in cap. petitio de iure iur.*, cum nemo intelligatur cedere in sui præiudicium *argument. l. in creditore, ff. de euict. Glosa in l. in pig. hab., Bartolus in l. 2. in princip. ff. solut. matrim.*; tertiò, quod creditor, qui rem habet obligatam pro duplici credito, quorum vnum sit prius altero, si agat hypothecaria contra tertium possessorem pro vtroque credito vtrumque possit consequi, & debet, ergo etiam pro vtroque debet habere ius retentionis.

Rationes euincentes assumptum propositum.

Rationes ex aduerso.

Satisfit rationibus, ex aduerso propositis. Non, inquam, obesse potest, quia obiectum non benè probatur per illum allegatum textum *in l. 2. C. de fideiussor.*, quandoquidem in illo textu solum dicitur, quod licitum est creditori habenti pro eodem debito pignora, & fideiussorem, agere contra fideiussorem pro eo debito, pro quo se obligauit, sed tunc tenetur ius pignorum in eum transferre, sed, si ob aliam causam habeat eadem pignora obligata, non prius compellendus est pignora transferre, quam omne debitum persoluatur; ex quo tamen non sequitur id, quod ex aduerso infertur ex illo textu; nam in eodem solum dicitur, quod, quando est creditor ex alia causa, non sit compellendus ad transferrendum ius pignoris in fideiussorem, nisi ex illa fuerit satisfactus, quod intelligendum est; quando illa causa fuerit anterior ad onus fideiussionis, quod assumptum fuit per fideiussorem ex titulo, seu causa posteriori, prout expressè asserunt *Iacobus de Aret., Cynus, & Alber. in dict. l. 2. C. de fideiuss., Specul. in tit. de oblat., & sol. §. 1. col. fin.*, nec sanè incongruæ rationi hic intellectus innititur, quandoquidem ex eo, quod vltra pignora exegerit fideiussores supponitur in eisdem pignoribus habere causam præcedentem, cæteroqui vltrà pignora videretur fideiussores exigere, cum igitur vltrà pignora fideiussores exegerit, signum est, quod anceps fuerit de idoneitate eorundem pignorum, ex eo, quod ex alia causa præcedenti fuerint obligata. Ad id, quod subditur, quod cedens nunquam præsumatur contra se ipsum cedere, dicen-

Quod nemo cedat in proprium damnum intelligendum est in causa lucratiua. dicendum est, hoc intelligi in causa pure lucratiua, in quo sensu loquitur textus *in d. l. si peculium, §. sicut, ff. de priuileg.*, secus autem in causa onerosa, prout hic loquimur, vt habetur *in l. si culpa de rei vendic.*, atque iuxta hos terminos loquitur *Bartolus in l. 1. in fin. ff. de senat.* Ad illud, quod vltimo loco subditur, dicendum est, agentem creditorem pro vtroque credito hypothecaria, vtrumque debere consequi, quando inter vtrumque creditum non intermediat aliud creditum, vel primum non est certum, prout habet *Decius d. conf. 104. in fin.*

Secundò assumptum pro nostro asserto sic euincitur, quia secundus creditor, si offerat priori debitum præcedens creditum proprium, potest se tueri aduersus eundem creditorem agentem ex causa posteriori, prout fatetur *Negusantius de pign. memb. 3. part. 5. num. 32.*, licet nostro sensui aduersetur; ergo etiam tertius possessor, si offerat priori creditori ob creditum ipsius præcedens, poterit se tueri aduersus eundem creditorem agentem ex causa posteriori. Consequentia probatur, quia, si quæ esset disparitas, ea esset, quam assignat *Negusantius loc. cit.*, quia scilicet simplex possessor, cum non habeat aliquod ius in dictis bonis, non potest interesse prætendere ratione sui crediti, prout prætendit creditor, sed hæc non obstat assumpto, quandoquidem simplex possessor, quantumuis antecedentèr ad oblationem nullum ius habeat in prædictis bonis, illud tamen acquirit per oblationem, per quam constituitur in loco prioris creditoris quoad ius ipsius anterius, quo propterea acquisito iure crediti potest excipere nedum contrà secundum creditorem eiusdem debitoris, sed etiam contrà eundem debitorem agentem ex alia causa posteriori.

Alia iura probátia tertium possessoré succedere per oblationem pro credito.

Ius acquirit per solutionem.

Oblatio est intuitu prioris crediti. Tertiò assumptum sic euincitur, quia talis cessio debet fieri intuitu, & prætextu solutionis per eundem tertium possessorem factæ per textum *in l. mulier ff. qui pot. in pign. hab.*, sed solutio intelligitur facta ipsi creditori habenti ius ex priori causa, ergo potius eadem cessio debet aduersus ipsum militare *arg. l. illud, ff. ad leg. Aquil. l. à Titio, ff. de furt.*

13 Ille consensus ad distractionem habet vim solutionis. Procede vlteriùs, & dic, quod secundus creditor succedat in locum prioris non solum, si eidem debitum obtulerit, sed etiam, si consensum præstiterit, vt alia res sibi pignori obligata distrahatur, & ex pretio illius priori creditori debitum persoluatur iuxtà textum *in l. si prior, §. si Titius, ff. qui pot. in pign. hab.* Ratio huius illationis ea est, quia ille consensus ad distrahendum pignus sibi obligatum ad effectum, vt ex illius pretio debitum persoluatur prioris creditoris, habet vim solutionis per ipsum factæ, cum pretium sit ex re sibi quodammodo debita, & sic æquiualentèr est, ac si per ipsum debitum persoluatur; Neque ad hoc requiritur, quod specialitèr fiat conuentio, vt in creditoris locum, in cuius fauorem consensum præstitit, succedat *Bartolus in l. Aristo. num. 1. ff. quæ res pign. oblig. poss.*, *Salicetus in l. 1. in 2. opp. ff. de his, qui in prio. cred. loc. succed.*

Alia extensio considerabilis. Procede vlteriùs, & dic, quod secundus debitor non solum possit offerre, & succedere in locum primi creditoris, quandò ipse agit contra primum creditorem, qui rem hypothecatam possidet eidem offerendo suum creditum, vt sibi sua iura, vel explicitè, vel implicitè cedat, sed etiam, quando, cum ipse rem illam pignoratam possideat, conuenitur hypothecaria à priori creditore per textum *in l. creditor l. 2. in principio, & l. potior, §. vlt. ff. qui pot. in pign. hab.*

Limitationes nonnullæ assertionis. Quamuis autem nostra assertio tot admittat extensiones, & ampliationes, nonnullas tamen patitur restrictiones, & limitationes, secundum quas quandoque secundus creditor, nec ius habet offerendi, nec succedendi in eius locum. Singulas breuitèr recenseo.

14 Habet prælationé ratione temporis, & possessionis. Prima est, quando prior creditor rem oppignoratam possidet, & offert debitum posteriori creditori, tunc etenim secundus creditor non potest eidem offerre *Negusantius de pignor. membr. 3. partis quintæ n. 17.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. num. 18.* Ratio est, quia ipse primus creditor non solum habet ius prælationis ratione anterioritatis temporis, sed etiam ratione possessionis rei oppignoratæ, qua gaudet, cum etiam cæteris paribus ex vulgatis iuribus semper melior sit conditio possidentis iuxtà textum *in l. 1. cum seqq. ff. vti possidetis.*

15 Quomodo intelligendũ sit, quod factum Iudicis sit factum partis. Secunda est, quod, secundus creditor non possit offerre, & præferri, quando res oppignorata fuit ex secundo Iudicis decreto adiudicata in fauorem prioris creditoris, quidquid ex contrarium senserit *Negusantius de pign. dict. memb. 3. part. 5. num. 7.* motus ex textu *in l. si ob causam, C. de euict.*, vbi dicitur, quod factum Iudicis censetur factum partis; ex facto autem partis non censetur sublatum ius offerendi respectu secundi creditoris per superiùs notata, ergo neque ex facto Iudicis. Limitationem tamen hanc expresè admittit non obstante ratione, & iure per Negusantium adductis *Alexander in l. si finita, §. Iulianus n. 21. ff. de damn. infect.*, propter textum *in l. à D. Pio, §. si post adiectum, ff. de re iudic.*, vbi etiam respondet ad textum *in l. si ob causam, ff. de euict.* asserens, quod per illum solum innuatur, quod, si res adiudicata euincatur, ipse debitor ità teneatur de euictione, sicuti, si ipse vendidisset; cæterum

rum non inferatur, quod decretum Iudicis non possit plus operari, quam consensus partis, prout euincitur *ex l. à D. Pio, ff. de re iudic.*

16 Accessorium idē ius habet ac principale. Tertia est, quando prior creditor in pignore non solùm ius habet quoad sortem principalem, sed etiam quoad interusuria legitimè debita; tunc etenim secundus creditor non potest offerre ad effectum, vt præferatur, nisi simul offerat pretium pro sorte principali, & pro eisdem interusurijs *Crauett. cons. 692. num. 5.*, hocque expressè videtur deduci *ex l. grege in fin. ff. de pignor. l. creditor acceptis, §. 1. ff qui pot. in pign. hab.* Ratio est, quia accessorium sequitur naturam sui principalis, & creditor non supponitur solum prior quoad sortem principalem, sed etiam quoad interusuria.

17 Ius secundi creditoris excluditur titulo præscriptionis. Quarta est, quando prior creditor rem sibi oppignoratam possedit per spacium quadraginta annorum, tunc etenim potest se munire aduersus secundum creditorem scuto præscriptionis *Baldus in l. cum notissimi num. 4. de præscript. 30. annorum*; non enim video ius aliquod positiuum, quod in his terminis eidem præscriptioni possit obstare. Alias limitationes alij statuunt, quas vos ipsi videre potestis apud *Negusantium de pign. dict. membr. 3. partis secundæ per totum, & apud Manticam d. lib. 11. tit. 28. à num. 18. ad fin.*

18 Respondeo secundò, non solum memorati secundi creditores in facti serie, si verè fuerunt creditores, possunt offerre, & præferri, sed etiam si fuerint simplices possessores. *Bartolus in l. Aristo. num. 2. in fine, ff. quæ res pign. oblig. pos., Negusantius de pign. membr. 3. quinta part. n. 26., & 42., Mantica de tacit., & ambig. convent. lib. 11. tit. 28. num. 14., & 32.* Hæc responsio expressè colligitur *ex l. Paulus, §. qui pign. ff. quib. mod. pign. sol. l. si mulier, ff. qui pot. in pign. hab.* Ratio autem hæc esse potest, quia, nihil vetat, quo minus possessor possit offerre.

19 Ratio, ob quam possessor etiā iniustus possit offerre. Extende primò responsionem, vt non solùm procedat quoad possessorem iustum, & bonæ fidei, sed etiam quoad possessorem iniustum, & malæ fidei, prout expressè colligitur *ex dict. l. Paulus, §. qui pign.* Ibi: *Qualiscunque possessor.* Rationem adducit *Crauett. cons. 298. in princip.*, quia dum creditor agit hypothecaria præcisè intendit solutionem debiti; quantumuis autem possessor iniustus deferat secundum voluntatem eiusdem creditoris, qui aliud non intendit; sed hæc ratio præcisè procedit, quando creditor ipse agit hypothecaria, & possessor conuenitur; non verò quando ipse possessor agit. Quamobrem vniuersalior videtur ratio, quam adducit *Paulus I. C. in l. Paulus, §. qui pignoris in fin. ff. quib. mod. pign. sol.*, sitam in eo, quod per solutionem pignoris soluitur ius creditoris, ergo non debet amplius quæri de iure possessoris *l. qui accusare, C. de edendo l. vlt. C. de rei vendic.* Per solutionem extinguitur ius primi creditoris

20 Sentētia asserens iniusto etiā possessori cōpetere ius offerendi. Hic latè disputant Doctores, an possessori iniusto, & ex mala fide competat ius offerendi non solum ad liberandum pignus, sed etiam ad effectum, vt ipsi cedantur iura primi creditoris, & præferatur cæteris omnibus posterioribus creditoribus. Affirmatiuè respondet *Negusantius de pignoribus dict. memb. 3. partis quintæ per textum in d. l. Paulus, §. vlt. ff. quib. mod. hypoth. solut.*, rationemque ex eo deducit, quia *in l. Labeo, ff. de Carb. edict.*, maxima est dubietas, an textus *in d. l. Paulus, §. fin.* comprehendat possessorem etiam iniustum, sed nulla esset ratio dubitandi, si procederet tantum de iure offerendi quoad liberandum pignus, non quoad impetrandam cessionem iurium, quia quilibet etiam non possessor habet nemine discrepante ius offerendi, & soluendi pro alio ad effectum liberandi pignus etiam inuito creditore *l. soluendo, ff. de negot. gestis, Paulus de Castro in l. tale pactum, §. post diuisionem nu. 2. ff. de pactis*; quapropter asserit, quod per hanc *l. Paulus* suppleatur defectus *l. mulier, ff. qui pot. in pign. hab.*, vbi est sermo solummodò de possessore iusto, sicque dispositio iuris extenditur ad possessorem etiam iniustum ad effectum quoque impetrandi cessionem iurium. Negantèr tamen respondet *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. num. 36. vers. sed ego considero, & seqq.*, qui in primis retorquet argumentum contra dictum *Negusantium loco cit.* hoc pacto, nam, si iniustus possessor potest non solum offerre ad effectum liberandi pignus, sed etiam consequendi cessionem iurium, nulla esset ratio dubitandi circà textum *in d. l. mulier, ff. qui pot. in pign. hab.*, sicque frustrà inquireretur ibi, an iustus possessor offerendo creditori debitum consequeretur cessionem iurium, si eundem consequeretur etiam iniustus possessor; Quod igitur de isto possessore dicitur, de iniusto meritò est denegandum. Deinde considerat textum *in dict. l. Paulus, §. fin. ff. quib. mod. hypoth. sol.*, & reflectit in ea nullum esse terminum importantem cessionem iurium creditoris, cum solum dicatur eos, qui iure pignoris rem prosequuntur, à vendicatione rei submoueri, si qualiscumque possessor offerre debitum velit; verba autem legis sunt strictè interpretanda *Baldus in l. non solum, §. de vno, ff. de rit. nupt.*, nec debet terminos transilire *Baldus in cons. 261. in fin. lib. 3., Raphael Cuman. cons. 79. in fin.* Potiora arbitror iura Manticæ, quam Negusantij, quibus propterea adhæreo, eisdemq; hanc

Sentētia negans tale ius offerendi.

Argumentum validum Manticæ aduersus Negusantium.

addo

addo rationem, quia non possessor, quamuis ius habeat offerendi ad effectum liberandi pignus, non tamen ad effectum consequendi cessionem iurium per ea, quæ commendat Negusantius ipse explicans textum *in l. nulla, C. de solut.*, adeò vt intelligatur solummodò de extraneo non possidente, ergo idem etiam dicendum est de possessore iniusto, quia possessor iniustus, & non possessor quoad hunc effectum æquiparantur, cum potius ille dicendus sit vsurpator, quam possessor.

Possessor iniustus, & non possessor æquiparantur

21 Extende secundò, vt procedat etiam quoad iustum possessorem, quantumuis expresse non conuenerit de tali iurium cessione *Glosa in l. potiores de ijs, qui in prior. cred. loc. succe., Alberic. in l. posterior, & in l. cum prior, ff. de distract. pign., Bartolus in l. 1. in princip ff. quibus mod. pign. vel hypoth. sol., Salicetus in l. qui debitore, ff qui pot. in pign. habeantur, Paulus de Castro cons. 370. incip. visis actis, & attitatis in antiquitate.* Expressè colligitur ex *d. l. qui à debitore, ff. qui pot. in pig. hab.*, & etiam hoc fuit decisum in sacro Romanæ Rotæ Auditorio *coram Mantica in vna Placentina Saluiani interdicti die 16. Iunij 1589.*, quod etiam ex eo deducitur, quod, cum sit illius rei possessor, videtur saltem implicitè per illam solutionem intendisse acquisitionem iuris illius, pro quo soluit; ex quo communitèr docent ex aduerso, quod, si non fuerit possessor, ad hoc, vt succedat in locum prioris creditoris, tria requirantur; primum, quod ad hoc pecuniam dederit, vt soluatur primo creditori, secundum, quod verè eidem fuerit tradita, tertium, vt de hoc expressè conuenerit, vt succedat in locum ipsius per textum *in l. Aristo. ff quæ res pig. oblig. pos.* Neque aduersus hanc extensionem obstare possunt iura relata *in l. potiores de ijs, qui in prior. cred. loc. succed., & in l. creditor qui prior. § si quoniam, ff. qui pot. in pig. hab., & per Glos. in l. tam prior, ff de distract. pign.*, cum qua consentiunt *Bartolus, & Salicet. Raphael Fulgos. in l. fideiussor ad fin. eod. tit.* Non, inquam, obstare possunt, quandoquidem hæc omnia iura, & auctoritates procedunt solummodò, quando ille, qui soluit rem, & liberat ab hypotheca, non est possessor eiusdem rei.

Iura euincentia ius talis prælationis sine cessione.

22 Respondeo tertiò, creditores posteriores mariti soluto matrimonio possunt dotem offerre vxori, vt in eius locum succedant, non tamen cum iure prælationis, constante verò matrimonio regulariter non possunt offerre. Ita quoad primam partem *Cinus post Iacobum de Aret. in l. cum tibi in secundo resp. vers. secundo quaro, C. qui pot. in pign. hab. Bartolus in l. si constante in princip. num. 88. vers. hoc probatur aliter, & ibi Baldus in princip. num. 1. vers. in eadem, Angelus ibidem n. 1. vers. & huic descendit, Mantica de tacitis, & ambig. conuent. lib. 11. tit. 30. nu. 1.* Quoad secundam *Iacob. de Aret. in l. vbi adhuc, C. de iur. dot., Cinus, & Alberic. in l. cum tibi, C. qui pot. in pignor. hab., Salicetus in d. l. cum tibi n. 3. qui pot. in pignor. hab., Baldus Nouellus de dote part. 7. priuil. 47., Corne. cons. 85. nu. 5. lib. 4., & alij communiori calculo.*

Prima pars illi fundamento innititur, quod post dissolutum matrimonium, dos, quæ restituitur, non est amplius dos, cum non deseruiat amplius oneribus matrimonij, *Baldus in d. l. si constante in princip. num. vers. in eadem, ff solut. matrimonio*, ergo creditores in ordine ad ipsam possunt æquè offerre, ac in ordine ad alia credita anteriora; Neque obesse potest, si asseratur, quod, quamuis dos restituta non sit amplius dos, possit tamen vxor etiam dissoluto matrimonio obsistere restitutioni eiusdem faciendæ per creditores posteriores mariti; non, inquam, obesse potest, quia, cum vxor soluto matrimonio ius non habeat, vt dos eiusdem detineatur penes hæredes mariti, & creditores ius habeant offerendi ad effectum, vt ab anterioribus vinculis soluant bona debitoris sibi ex causa subsequenti hypothecata, & propriam hypothecam magis firment, non est, cur eadem vxor eisdem possit obsistere, cum aliud ius non habeat, nisi vt propria dos sibi restituatur.

Dos soluto matrimonio non est in rigore dos.

Mulier soluto matrimonio nō habet aliud ius, nisi vt dos sibi restituatur.

Dixi, *non tamen cum priuilegio prælationis*, quandoquidem per superius dicta hoc priuilegium est personale eidem mulieri *§. fuerat in fin. institut. de action.*, nec in alios potest transferri, quam in eandem vxorem, eiusque filios immediatos per ea, quæ fuse superius tradita sunt *l. 1. de priuil. dot. l. ex pluribus, ff. de administr. tut. l. cum sibi, C. qui pot. in pign. hab. & l. 2., & 3. C. de distr. pign.*

Priuilegium prælationis est personale.

Quoad hanc primam partem multæ insurgunt rationes dubitandi, & primò, an creditor possidens rem æstimatam datam in dotem, ad quam soluto matrimonio a giri vtili rei vendicatione, ius habeat offerendi vxori dotem, & retinendi rem æstimatam. *Socinus cons. 224. elegantèr vers. quinimmò vol. 2. apud Neguf. de pign. memb. 3. part. 5. num. 28.* sustinet vtique etiam in hac hypothesi habere ius offerendi deducto fundamento à paritate, quam affert *Baldus in auth. contra rogatus, C. ad Trebell.* de emptoribus rerum fideicommissarum conuentis à fideicommissario, qui vtiq. possunt offerre eidem æstimationem, & eundem excludere ab vtili rei vendicatione, ex quo idem infert de possessoribus rerum æstimatarum in dotem datarum, qui, si conueniantur ab vxore, possunt eandem repellere per solutionem æstimationis. Cui tamen Socino non libens acquiescit idem *Neguf. loc. cit.*, qui

Sententia afferens creditorē possidentem rem æstimatā datam in dotē posse offerre.

per textum *in l. in rebus, C. de iure dot.*, asserit, quod, quando excussis mariti facultatibus tot non suppetunt, quod sufficiant pro dote vxoris, possit eadem vxor pro arbitrio propriæ voluntatis agere ad rem æstimatam in dotem, vel hypothecaria, vel vtili rei vendicatione, quæ per consequens, si eligat hanc vtilem rei vendicationem, non possit compelli per possessorem, seu alium creditorem ad recipiendam rei æstimationem, nec quantitatem pro dote, quia possessor, seu creditor id tantum potest offerre, ad quod agitur iuxtà textum *in l.2. §.1. ff. si cert. petat.*, nam aliud pro alio solui non potest inuito agente; cum agendo vtili rei vendicatiua agat quasi ad rem propriam, & prætendens dominium permanens in re sit potior quolibet alio creditore *l. si ventri, §. in bonis, ff. de priuil. credit.*

Sententia negans præfertur. Acquiesco opinioni Negusantij vtpotè probabiliori, & magis fauenti rebus dotalibus; vndè ad id, quod ex Socino, & Baldo ex aduerso afferebantur, dicendum est, ex illa paritate nihil euinci per illum textũ *in auth. contrà eum rogatus, C. ad Trebell.*, quia ille textus solum afferit restrictiuè, restringendo scilicet id, quod antecedentèr ad ipsum textum erat amplum de iure antiquo digestorum, secundum quod in textu *in l. sed, & si lege, §. quod autem, ff. de pet. hæred.* statutum erat, quod, si quis esset grauatus sub conditione ad restituendum id, quod post eius mortem sine filijs ex hæreditate supererat, posset, dummodò id faceret sine dolo, totum irreuocabilitèr alienare, modo autem illam dispositionem iuris digestorum restringit afferens, quod rogatus de restituendo id, quod ei supererit ex hæreditate, teneatur saltem quartam partem reseruare, & si hanc alienet, seu diminuat, debeat supplere ex substantia propria, quod, si non est soluendo, possit agi contra acceptatorem, vel ad rei vendicationem, si nolit offerre æstimationem, vel ad æstimationem, si velit hanc præstare; nec incongruè hæc optio acceptatori permittitur, quia secus *per d. auth. contrà eum rogatus*, quæ est dispositio restrictiua iuris digestorum, magis, quàm par sit illud ius restringeretur, scilicet in duobus; primò in eo, quod non in totum posset fieri alienatio, sed cum onere reseruationis quartæ partis, secundò in eo, quod emptor, qui poterat absolutè acquirere, nil tutum acquireret, cum teneatur rem emptam agenti rei vendicatione erogare. Hoc autem non euenit in bonis æstimatis vxoris datis in dotem, pro quibus *ex d. l. in rebus, ff. de iur. dot.*, datur electio mulieri agendi ad rem dotalem tanquam ad rem suam, quod nullibi reperitur restrictum, & sic non debet fieri illatio de vno ad alium casum.

Satisfit rationi contrariæ adductæ ex Baldo, & Socin.

Secundò ratio dubitandi insurgit, an, si possidens res æstimatas datas in dotem conueniatur non vtili rei vendicatione, sed hypothecaria possit se eximere a tali actione offerendo eiusdem, seu earundem rerum dotalium æstimationem. Respondendum est affirmatiuè, & quoad hoc locum habet paritas, & argumentum Socini adductum in præcedenti difficultate, nec ius aliquod reperiatur, quod contrarium inferat.

Si conueniatur hypothecaria potest offerre æstimationẽ.

Secunda pars eo potissimum innititur fundamento, quod constante matrimonio dos inseruit ad sustinenda onera matrimonij, vt vxor se ipsam, maritum, & liberos possit ex illa proportionalitèr alere *l. vbi adhuc, C. de iure dot.*, *Bartolus in l. si quis sic stipuletur, ff. sol. matrim.*, ergo eodem constante non poterit compelli per oblationem factam à creditoribus posterioribus mariti ad cedendum iuribus suis in ordine ad eandem, quia præiudicium non potest inferri fini, ad quem dos ipsa constituta est; neque obesse potest, si asseratur, quod, quantumuis dos sit instituta ad sustinenda onera matrimonij, ad cuius propterea incolumitatem hypothecata remaneant bona mariti, saluari tamen possit hic finis, si pecunia, quæ offertur, deponatur apud idoneos mercatores ad partem honesti lucri insumendi in oneribus eiusdem matrimonij; vndè in iure cautum est, quod, si maritus vergat in inopiam, possit dos vxoris de ipsius manibus ad manus mercatoris idonei transferri ad securam negotiationem, vt dos ipsa salua sit, & lucrum aliquod acquiratur pro sustinendis oneribus matrimonij per textum *in c. cum vsuras de donat. inter vir., & vxor.* Non, inquam, obesse potest, quia in primis mulier non potest pecuniam dotis ad certum lucrum deponere, nisi subsit graue periculum, vt notat *Socin. conf. 111. num. 5. in fine lib. 3.* Deindè magis prouisum supponitur indemnitati mulieris quoad suam dotem habere hypothecata bona mariti, ex quibus fructus possit percipere, quam accipere pecuniam à creditoribus mariti sibi oblatam, & deponere apud Mercatores, quia fragile est hoc remedium cautionis *l. qui ità §. 1. ff. ad Treb.* & Mercatores plerumque in decoctiones vergentes foro cedunt. Deindè, quamuis eadem vxor vergente marito in decoctionem possit maximè auctore Iudice compellere maritum ad deponendam dotem in manus Mercatoris idonei iuxtà textum *in d. c. cum vsuras*, non propterea sequitur, quod per oblationem factam per creditores posteriores mariti possit compelli eadem vxor ad cedendum iuribus suis in bonis mariti, quantumuis ijdem creditores soleant pecuniam apud mercatores deponere; quia constante matrimonio ipsa potest velle esse contenta de hypotheca in omnibus bonis mariti.

Dos constante matrimonio est ad sustinenda onera eiusdem.

Mulier potest velle indemnitatem in rebus mariti existentibus.

 Ress

25 Respondeo quartò, ius offerendi etiam quoad effectum cessionis iurium competit etiam fideiussoribus debitoris, qui offerendo, vel soluendo creditori succedunt in ipsius locum, *Negusant. de pign. membr. 3. part. 5. num. 33., Bartolus, & Dynus in l. fideiussoribus, ff. de fideiuss., Cynus in l. 2. C. de fid. instrum.* Euincitur ex textu *in dict. l. 2. C. de fideiussoribus*, vbi sic legitur, *creditori, qui pro eodem debito, & pignora, & fideiussorem accepit, licet, si malit fideiussorem conuenire in eam pecuniam, in qua se obligauerat. Quod, cum facit, debet ius pignorum in eum transferre.* Hæc, quæ dicuntur in hoc textu, videntur solum procedere, quando ipse fideiussor conuenitur pro eo, pro quo promisit, à creditore, prout elucet ex verbis eiusdem textus; nihilominus arbitror, non incongruè extendenda esset etiam, quando ipse fideiussor ageret contra eundem creditorem ad se eximendum ab onere fideiussionis per oblationem, vel solutionem, prout notat *Vbertus de Bobio, & post eum Bartolus in d. l. fideiussoribus, ff. de fideiussoribus, Salicetus in dict. l. 2. in penult. q. C. de fideiussor.* per textum *in l. prior, ff. qui pot. in pign. hab., & in l. fideiussoribus, & in l. Paulus, ff. de fideiussor.*, & ibi idem Salicetus respondet ad obiecta fundata *in l. nullam, ff. de solut.*, vbi excluditur talis oblatio ad effectum cessionis iurium, *& in l. inuitum, C. de contrah. empt.*, vbi dicitur inuitum non posse compelli ad vendendum; cedere autem est quasi vendere *l. si dubitetur, ff. de fideiussor.*, asserens in primis textum *in d. l. nulla*, non loqui de fideiussoribus, sed de prorsus extraneo, qui per superiùs dicta, & infrà dicenda non acquirit ius cessionis; textum deindè *in l. inuitum* procedere solum, quando alius contractus non præcessit, vi cuius possit cogi, secus quando præcessit, vt in casu nostro.

Ius offerendi cõpetit etiã fideiussoribus debitoris.

Cedere est quasi vendere.

26 Pro clariori notitia huius responsionis, & ad extensiones, & restrictiones eiusdem nonnulla sunt consideranda, & primò, quod adhoc, vt fideiussor possit gaudere beneficio oblationis, & cessionis non sufficiat, quod offerat id, pro quo accessit, seu fideiussit, sed vlteriùs requiratur, vt, si creditor rem sibi oppignoratam possideat in vim pignoris ex alia causa, seu titulo crediti præcedentis vltrà eam, pro qua ipse fideiussit, soluat, seu offerat pro vtraque *Iacobus de Aret. in d. l. 2. C. de fideiuss., Speculator tit. de oblig., & solut. in §. 1. col. fin.*, cæteroqui creditor, cum habeat ius pignoris ex alio titulo, seu causa præcedenti potest iustè nolle cedere, sed retinere, donec integrum persoluatur per textum *in d. l. 2. in fin. C. de fideiussoribus*; Secundò considerandum est, quod, si creditor pro suo credito primo acceperit fideiussorem, & secundò fuerit pro eodem adiectum pignus, fideiussor ipse offerendo, seu soluendo id, pro quo fideiussit, acquirat priuilegium cessionis, quia, quantumuis ipse fideiussor non intercesserit in ordine ad pignus, cum antecedentèr ad illud se obligauerit, tamen, cum idem pignus respiciat idem debitum, pro quo ipse, licet antecedentèr intercessit, cadit sub iure prædictæ oblationis, & solutionis, adeò vt etiam ius creditoris in ordine ad idem pignus in eundem fideiussorem offerentem, & soluentem transferatur per ea, quæ notat *Salicetus in dict. l. 2. in verb. quæro successiuè, & ibi Glosa in verbo obligat. C. de fideiussoribus* propter eam rationem, qua pignus obligatur ex eadem causa, pro qua ipse fideiussit; Ex quo fas etiam erit deducere, quod, si creditor vltrà pignus exegerit pro eodem credito plures fideiussores in solidum, & vnus ex fideiussoribus obtulerit, & eidem debitum persoluerit, non solum in vim cessionis acquirat ius in pignus, sed etiam in alios correos, seu confideiussores; succedit enim in ea omnia iura; verum tamen est, quod in hoc casu de confideiussoribus requiratur expressa cessio facta per creditorem per textum *in l. cum alter, C. de fideiurissoribus.*

Si creditor possideat in vim pignoris ex duplici causa præcedenti debet offerre pro vtraque.

Pignus obligatur ex eadem causa.

Hic oritur ratio dubitandi, an, si creditor ex aliqua causa non possit cedere, obstet eidem exceptio cedendarum. De hac difficultate latè egit *Negusantius de pignor. dict. memb. 3. partis 5. n. 36.*, vbi respondet affirmatiuè, & postea subdit nonnullas fallentias ab affirmatiua. Regulam generalem affirmatiuam fundat, & firmat per textum *in l. stichum, §. si creditor el 2. ff. de administ. tut.* Ad eundem Negusantium tam pro solutione, quam pro fallentijs vos remitto.

Notabile scitu dignum, & recolendã ex Negusantio.

Respondeo quintò, ius offerendi competit etiam Domino rei, quantumuis rem illam non possideat, nec sit creditor hypothecarius, quod ius confert ratio dominij, intuitu cuius potest luere rem suam alteri obligatam hypothecariè, per textum *in l. res obligata, & ibi Bartolus, Paulus de Castro, & Iason ff. de leg. 1.*, & iuxtà hunc sensum legatarius v. g. soluens, & offerens creditori pro re sibi legata eidem obligata vtique ab eodem acquirit cessionem iurium, quæ habebat idem creditor aduersus hæredem debitoris, cum enim legatarius non soluat animo liberandi hæredem à debito principali, sed solum animo luendi rem legatam, & cum adhuc post solutionem factam per eundem legatarium supersit actio contrà hæredem, hinc est, quod per illam solutionem acquirat idem legatarius eandem actionem contrà hæredem sibi cessam per creditorem eiusdem, vt optimè notauit *Iason in dict. l. res obligata in vlt. col. in vers. modo ex tota, ff. de leg. 1.* 27

Legatarius offerens creditori pro re sibi obligata acquirit cessionem iurium.

Respondeo sextò ius offerendi regularitèr competit etiam cuicumque extraneo, 28

& nullum ius habenti in re hypothecata quantum ad effectum liberandi rem obligatam à creditore, & eximendi debitorem ab onere versus eundem, non autem quantum ad effectum cessionis iurium, & successionis in eiusdem locum. Ità quoad primam partem *Angelus, Fulgosius, & Paulus de Castro in l. tale pactum, §. post diuisionem, ff. de pactis, Negusantius de pignoribus dict. memb. 3. partis 5. n. 39., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. num. 14.* Quoad secundam idem *Negusantius loc. cit. n. 42., Paulus de Castro in dict. l. si res obligata, ff. de leg. 1.*

Quilibet potest soluere etiam pro debitore inuito. Ratio primæ partis deducitur ex eo, quod quilibet potest soluere etiam pro debitore inuito *l. soluendo, ff. de negot. gest., & l. solutionem, ff. de solut.*, quinimmò, & creditori inuito, adeout, si hic recuset oblationem, & solutionem, possit idem extraneus deponere, & obsignare, ratione cuius depositionis & obligationis creditorem postea agentem aduersus debitorem possit hic repellere *Paulus de Castro in dict. l. tale pactum, §. post diuisionem, ff. de pactis*; per hoc tamen non tollitur, quin possit postea idem creditor petere suum creditum, quia per moram in recipiendo non extinguitur obligatio.

Nõ potest offerre extraneus in casu quo debet recognosci creditor. Dixi, *regularitèr*, non enim negauerim in aliquibus casibus extraneum nullum habentem ius in re obligata non posse offerre ad effectum etiam liberandi; & primò in casu, quo debitor non solum debet soluere pecuniam, sed etiam recognoscere ius creditoris, non potest extraneus eidem offerre, quod exemplificat Baldus in feudatario, & emphytheuta *in l. acceptam num. 64. C. de vsuris* per textum *in l. post principium, ff. solut. matrim.* Secundò in casu, quo adhuc penderet conditio, non posset validè extraneus offerre per textum *in l. stipulatio ista inter certam, ff. de verb. obligat.* Tertiò in casu, quo non offerret loco, & tempore congruo per ea, quæ notat *Baldus in d. l. acceptam num. 1. C. de vsuris.*

Ratio secundæ partis desumitur ex textu *in l. nulla, ff. de solut., & ibi Baldus, & Paulus de Castro in dict. l. si res obligata, ff. de leg. 1.*, quæ dispositio non solum verificatur, quando ille, qui offert, est simplicitèr extraneus, sed etiam, quando est creditor, sed non hypothecarius, cum etiam iste non posset compellere inuitum ad cedendum *Cynus in l. vnica, C. etiam ob chirog. pecu., & ibi Salicetus in vltima quæst. per dict. l. nulla, ff. de solut.*

Etiam creditori non hypothecario non acquiritur ius cessionis. Hoc tamen intelligendum est cum quadam limitatione, ità vt non procedat, quando ille extraneus, vel creditor non hypothecarius non præcisè, sed soluendo primo creditori ab eodem emerit ipsius nomen, vel pignus, tunc etenim succederet in ius ipsius primi creditoris *l. 1. C. si antiqu. creditor, Bartol. in l. Aristo. in fin. quæst. 2. ff. quæ res pign. oblig. pos.*, & tunc posset actione ex empto petere, vt iura eiusdem creditoris sibi cedantur *Glosa in d. l. nulla, ff. de solut.*

19 Respondeo septimò, ius etiam offerendi competit ipsi debitori ad effectum impediendi venditionem pignoris, & purgandi moram *Bartolus in l. creditor, ff. de distract. pign.*, & ad hoc etiam sufficit oblatio, seu renuente creditore depositio cum obsignatione *l. obsignatione, C. de solut.* Ratio est, quia creditor aliud ius non habet, nisi consequendi suum creditum, ergo, si per debitorem eidem offeratur, non erit, cur non possit per illam oblationem impediri à venditione, & mora purgari. Monent hic tamen *Glosa, & Bartolus in l. Aristo. ff. quæ res pign. oblig. pos., Salicetus in l. 1. C. de his, quin prior. cred. loc. succed.*, quod non possit compelli creditor ad cedendum eidem debitori, vt in eiusdem locum succedat; eaque ratio esse potest, quia per oblationem, seu solutionem debitor non habet ius, nisi vt sibi remittatur debitum, illudque dissoluatur, nec ex genere suo habet ex solutione, quam ex iustitia facit, ius ad aliquod acquirendum. Non negauerim tamen, quod, si ipse debitor eidem debitori offerenti, seu soluenti cederet ius suum cum hypotheca, posset idem debitor eodem se munire contra alium, qui ageret vigore vsucapionis, vel alterius iuris non procedentis ab ipso debitore, sed ab alio, posteriore tamen *Glos. in d. l. vsucap. ff. de pig., Bartolus in l. 1. §. cum prædium vers., sed quæro quale remedium, ff. de pign.*, nec dicatur, quod per solutionem debiti idem debitum principale intelligatur extinctum, & quod propterea ius retentionis intuitu hypothecæ eidem debitori non possit competere; contra enim impugnaberis, quia hypotheca potest cedi sine principali *Bartolus in l. fideiussor obligari in princip. ff. de fideiuss.*

---

§. IV.

An ius offerendi competat habenti ius quotæ in determinata re.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series in suis terminis. 1.
Sinopsis articulorum examinandorum. 2.
Explicatur quid sit quota, & quotuplex. 3.
Qui habet domum contiguam non habet præcipuè ius quotæ, sed vicinitatis. 4.
Habet ius quotæ, qui habet ius accessus in domo aliena. 5.
Superficiarius habet ius quotæ. 6.
De iure municipali Mediolani habenti quotam

tam in domo, vel ædificio competit ius offerendi, adeout ipse debeat præferri. 7.
Post denuntiationem debet deliberare intrà triginta dies. 8.
Non exiguuntur triginta dies vtiles, sed sufficiunt continui. 9.
Debet habenti ius quotæ fieri denuntiatio alienationis futuræ. *Ibid.*
Liberum est habenti ius quotæ, vel offerre, quod petitum fuerit ab alio, vel quod æstimabitur per æstimatores communis Mediolani. 10.
Iterum statuitur tempus ad offerendum. 11.

1 Disquisitio IV. Possidebat Caius maiorem, vel dimidiam, seu quamcunque aliam quotam partem domus, seu cuiuscunque alterius ædificij, in quo Antonius etiam habebat directum dominium, & ciuilem possessionem in altera parte eiusdem, vel fortè etiam solum vtile dominium. Caius intendebat quotam partem sibi contingentem quoad dominium directum alienare. (Explicatur in quo sita sit difficultas.) Quæritur iam, an possit deuenire ad talem alienationem irrequisito eo, qui habet quotam partem, an verò teneatur eidem denuntiare, vt possit offerre, & sibi acquirere, cum exclusione aliorum concurrentium, & an, si alienauerit eodem irrequisito, seu non facta eidem denuntiatione, habeat hic cum effectu ius offerendi ad retrahendam rem ab extraneo emptore.

2 Pro clariori notitia huius disquisitionis, seu tituli primò inquiremus, quid sit quota, (Variæ rationes, seu articuli examinandi.) & quotuplex sit, & dicatur, & in quo sensu accipienda sit quota, prout pertinet ad præsens institutum. Secundò quisnam dicatur propriè habere ius quotæ. Tertiò, an de iure communi competat ius retractus habenti ius quotæ; an tantum ex statuto municipali, & quid potissimum in Ducatu Mediolanensi. Quartò, an habens ex statuto ius retractus intuitu quotæ, qua gaudet, teneatur offerre id, quod alius extraneus offerret, an verò pretium æstimandum. Quintò, ad quodnam tempus habens ius retractus ex vi quotæ teneatur offerre.

3 Respondeo primò. Quota secundum *D. Augustinum de Ciuit. Dei lib. 2. cap. 30.* (Variæ acceptiones quotæ, earumque explicationes.) illa est, quæ diuidit aliquam quantitatem, siue continuam, siue discretam in partes determinatas, & æquales, seu secundum eundem illa est, per quam demonstratur, & intelligitur quanta sit pars nominata respectu totius. Expresè vtraque hæc definitio, sed expresiùs secunda deducitur *l. si fur., §. fin. ff. de vsucap.*, & in hac videntur consentire Phylosophi, & iuris interpretes. Multipharia m, multisq; modis hoc nomen quotæ accipitur, primò ad indicandam paucitatem, vt asserit *Cicero in Orat. pro Planco Quotus quosque est iuris peritus idest parci*; Secundò ad indicandam partem alicuius quantitatis, vel continuæ, vel discretæ, quatenus pluries repetita totam illam quantitatem absumit, & per ipsam demonstratur quot vicibus illa quota in illa quantitate reperiatur. Tertiò ad indicandam quamcunq; partem alicuius rei, siue æqualem, siue inæqualem, vt explicat *Parisius cons. 61. cap. 13., & 14. lib. 1.* Quibus positis sentiendum est, quotam in præsenti sumendam esse, prout importat certas partes, siue æquales, siue inæquales, adeo vt ille dicatur habere quotam partis in aliqua domo, vel ædificio, qui habet dominium, & ciuilem possessionem in aliqua parte eiusdem, siue æquali, siue inæquali; atque hæc pro notitia nominis. (Sumitur, prout importat certas partes, siue æquales, siue inæquale.)

4 Respondeo secundò, quantum ad præsens institutum pertinet, non habere propriè ius quotæ, qui habet domũ contiguam, (Contiguitas nõ importat ius quotæ.) sed tantum ius vicinitatis *Afflictus tract. iuris prothomiss. in princip. num. 3., num. 15. vers. sed in terminis*, quod specialitèr euincitur ex terminis statuti Mediol. 434. illis verbis, *in, per, vel suprà*, quæ denotant inexistentiam partis, non præcisam contiguitatem. Habet tamen hoc ius quotæ, 5 qui ius habet accedendi in domum alienam per textum *in l. prædius, §. balnea, & §. seq. ff. de leg. 3., Alciatus cons. 717.* Item ille ius habet, qui patitur seruitutem, seu ius illud accedendi, quod non incongruè deduci existimo ex natura correlatiuorum, si enim, qui habet ius adeundi gaudet quota, non est, cur illa gaudere non debeat, qui illud patitur, &, quamuis in terminis statuti prædicti Mediolani non videatur habere locum natura correlatiuorum, cum termini debeant sumi, prout iacent secundum id, quod asserit *Carpanus in dict. statutum 434. nu. 56. vers. accesset ur per vnum aditum*, nihilominus, quia eadem, quin etiam fortior militat ratio pro patiente talem seruitutem, seu accessum, non est, cur debeat excludi à tali iure. Item illud 6 ius habet præcipuè in terminis eiusdem statuti Mediolani superficiarius, quantumuis non habeat ius dominij per ea, quæ firmat *Socin. Senior. cons. 139. num. 1. vol. 1., Afflict. tract. iuris protomis. in princip. not. 11. num. 38. vers. item quæro, an locatarius*, (Superficiarius habet ius quotæ.) quod clarè deducitur ex verbis eiusdem statuti. Ibi. *Sub, vel subtus, vel quamcunque aliam quotam partem*; ex quibus etiam videtur deduci, quod habeat ius quotæ, qui habet minimam partem per ea, quæ notant *Fabianus de Monte tract. de empt., & vendit. 3. part. princip. qu. 20. num. 44. vers., & intelligi Tiraquel. in l. si vnquam in verb. omnia, vel partem aliquam num. 14. cum seq. C. de reuocat. donat., Brunus tract. stat. fam. excel. art. 9. qu. 12.*, & item, qui habet vtile domi-

dominium, & naturalem possessionem per ea, quæ pluribus allegatis Doctoribus firmat *Carpanus in d. stat. Mediol.* 434. *n.* 108., quem omninò vide.

7 Ius offerendi competit habenti ius quotæ.

Respondeo tertiò, quidquid sit de iure communi, de quo alibi erit sermo, de iure municipali Mediolani habenti quotam in domo, vel ædificio competit ius offerendi, adeòvt, si dominus alterius partis velit vendere, teneatur ipsi, non alteri vendere, & si vendiderit, possit per habentem illam quotam retrahi. Ità exprefse *Carpanus super stat. Mediol.* 434., & clari sunt termini eiusdem statuti, in quibus propterea non est immorandum.

Circa hanc dispositionem iuris municipalis aduertendum est, quod, si habens maiorem, dimidiam, vel quamcunque aliam quotam partem velit alienare, teneatur alteri habenti in re illa aliam consimilem partem denuntiare, an velit acquirere pro eo pretio, quo ipse alienare intendens voluerit, vel pro pretio per arbitratores æstimando, & eidem assignare terminum dierum triginta ad deliberandum, an velit acquirere, nec ne.

8 Assignatur terminus dierum triginta ad deliberandum.

Si deindè denuntiatarius intra illum terminum renuerit acquirere, vel elapsus fuerit ille terminus, & nihil responderit; tunc liberum erit eidem intendenti alienationem in quemcunque voluerit disponere alienationem; si verò intra illud tempus decreuerit acquirere, eidem conferre tenebitur cæteris omnibus exclusis. Si verò in alium alienauerit nulla facta denuntiatione ei, qui habet quotam in tali re alienata, tunc iste habita notitia poterit talem alienationem reuocare, & rem alienatam sibi acquirere persoluto vel illo pretio, quod per illum extraneum fuerat antecedentèr persolutum, vel pretio per arbitratores æstimando.

Habens ius quotæ potest reuocare rẽ alienatã in alios.

Hæc ferè ad verbum ex eodem statuto; circa quæ possunt esse variæ rationes dubitandi, quomodò computandi sint illi triginta dies præfiniti ad deliberandum post denuntiationem, an denuntiatio facienda etiam sit scienti alienationem ponendam, & alia similia. Quibus breuiter occurro, & quidem in ordine ad primum dico seruata proportione idem quoad dies triginta dicendum est, quod dictum est de iure retractus ratione propinquitatis in sanguine *tom.* 1. *sub tit. Contractus II. de empt., & vendit. Prænot.* 12. *nu.*4.,

9 Dies non debent esse vtiles sed continui.

adeò vt non exigantur dies vtiles, sed sufficiunt dies continui, currantque de momento in momentum per ea etiam, quæ notat *Capella in l. sciendum, §. fin. num.* 10., *ff. de ædil. edict., Tiraquel. in tract. de retract. lignag. §.* 3 *glos.* 2. *nu.* 3. Ad secundum dicendum est, non sufficere, quod fuerit sciens quomodocunque, sed requiritur, quod sit sciens iuridicè, hoc est per iuridicam denuntiationem, vt docet *Carpanus cap.* 417., *si quis in verbo denuntiauerit.*

Respondeo quartò. Habens ex vi statuti ius quotæ non tenetur offerre illud pretium, quo alter vendere voluerit, vel alius extraneus obtulerit, sed illud, de quo fiet æstimatio per æstimatorem, vel æstimatores communis Mediolani, seu melius liberum est eidem, vel offerre, quod fuerit per extraneum oblatum, vel petitum à venditore, vel per æstimatores arbitratum, ita tamen, vt, si ad vnum intra tempus præfinitum se determinauerit, non possit aliud eligere. 10 Potest offerre, vel quod paciscentur, vel quod arbitrabitur.

Exprefse hoc totum colligitur ex verbis eiusdem statuti in verbo *per æstimatorem*, & *verb. per æstimatores*. Circà quæ aduerte primò, quod æstimatio debet fieri, si hæc eligatur per habentem ius quotæ secundum cursum communem, quo res iuxtà vsum fori vendi potest, non quanti plurimi *Ripa in l. cum bona ad fin. ff. de priuil. credit.* Aduerte secundò in textu dici per æstimatorem, vt æstimatores, quod eueniret in vno, quando partes in eodem conuenirent, vel in duobus, quando in vno non conuenirent.

Respondeo quintò, tempus ad offerendum respectu habentis quotam est dierum triginta post denuntiationem. Exprefsè habetur ex terminis eiusdem statuti, qui quidem dies satis est sint continui, non requiruntur vtiles, & debent esse computabiles de momento in momentum per superius notata. 11 Dies cõputari debent de momento in momentum.

Talis tamen terminus ad alienationem faciendam in extraneum non requiritur, quod sit terminatus, quando habens ius quotæ ante illum respondet iuridicè, se nolle acquirere, quia in tantum ille terminus præfinitur, in quantum pro toto illo habens quotam potest se determinare, nec potest ante illum compelli ad se determinandum *Iason. in l. fin. num.* 14. *C. de iure emphyth.*

---

§. V.

An statutum Mediolani de iure quotæ afficiat etiam Ecclesiasticos.

SVMMARIVM.

Difficultas valdè vtilis, & practica proposita in suis terminis. 1.

Statutum huiusmodi Mediolanense ligat Ecclesiasticos, & Monasteria. 2.

Procedit etiam si statutum esset tantum laicorum. 3.

Statutum huiusmodi est potius fauorabile. 4.

Statutum præcipiens, ne immobilia alienentur in extraneos comprehendit Ecclesiasticos. 5.

Statutum de iure quotæ afficit, tam actiuè, quàm

quam passiuè Ecclesiasticos. 6.
Statutum habet locum in rebus emphytheuticis, & feudalibus Ecclesiæ. 7.
Si Laicus emat fundum ab Ecclesia, vicinus eidem fundo habet ius congrui. 8.

1 DIsquisitio V. Stante dicto statuto in hoc Mediolanensi Ducatu domus quædam pro parte quoad plenum dominium pertinebat ad quoddam Monasterium ex genere suo capax bonorum, & pro altera parte quoad dominium vtile ad idem Monasterium, & quoad directum ad aliud diuersi ordinis pertinebat. Hoc secundum, quod gaudebat solummodò dominio directo in parte illud idem dominium directum venditione transtulit in tertiam quandam personam irrequisito Monasterio, quod habebat quotam quoad ius plenum in tali domo, & dominium vtile in alia parte. Orta fuit controuersia, quæ adhuc pendet apud Excellentiss. Mediolani Senatum, an Monasterium primum, quod gaudebat iure quotæ, gaudeat dispositione iuris municipalis *in d. cap. 434.*, & per consequens, an alienationem factam quoad aliam partem per aliud Monasterium possit ex villius reuocare oblato pretio, quod pro illo fuit persolutum, vel, quod arbitrabitur per æstimatores.

Casus modo pẽdens apud Excellentiss. Mediol. Senatum.

2 Respondeo, statutum huiusmodi Mediolanense ligare Ecclesiasticos, & Monasteria. *Decius cons. 275. num 3. cum seq. in 2., & 3. dubio, Ripa in suis responsis respon. 2. n. 7. lib. 1. respons., Alciatus in aut. Cassa num 14, C. de Sacros. Eccl., Tiraquel. de retract. lign. §. 1. glos 13 à nu. 2. vsque ad 12., Roland. à Valle cons. 21. num. 7. vol 1., Cumm. in ritib. magnæ curiæ c. 40. nu. 287., Sebastianus Napodanus in tract. iuris congrui in proemio super verbo tenorem*, qui loquitur in casu, quo

3 non solum statutum sit commune Clericorum, & Laicorum, vt quod ab vtrisque, & communi omnium consensu conditum sit, sed etiam in casu, quo statutum esset laicorum tantum. Hanc etiam expressè sequitur, *Bartolus in l. cunctos populos col. 9. vers. quæro vtrum statuta, C. de summa Trinit.*, vbi dicit statuta generalia laicorum, in quibus scilicet nulla fit mentio Clericorum, aut Ecclesiarum, sed tamen tendunt aduersus ea, quæ illis competunt non tanquam priuilegiatis, sed vt cuilibet de populo illos, seu illas ligare, dummodò sint honesta, & allegat *c. constitutus extra de restit. in integrum*, & hoc idem voluit ipse *Bartolus in rep. l. de quibus col. vlt. ff. de legibus, Lupus allegat. 81. non valuit actus col. 1., & Albericus in prima part. statutorum qu. 94. quid si vendita res est*, vbi statuit per Clericos consortes posse retrahi, & *Alexander* apertissimè loquens in terminis huius statuti Mediolani manifestè asserit, quod consortes præferantur in venditione domus *cons. 143. viso statuto Mediolani lib. 7.* Hoc tandem pluries fuisse definitum in Excell. Mediol. Senatu sumpta etiam informatione praxis, quæ seruatur in Curia Archiepiscopali Mediolani mihi testati fuerunt plures Magnifici eiusdem ordinis Senatores in causis, quibus obligarunt Regulares, & Ecclesiasticos ad terminos huiusmodi statuti.

Statuta generalia ligant etiam Ecclesiasticos.

Cōsortes prçferuntur in venditione domus

Probatur, quia, si statutum generale sit fauorabile, nec procedat prohibendo, præcipiendo, aut alias imperiosè, & veluti specie quadam auctoritatis, & iurisdictionis, sed magis concessionis, & priuilegij, possunt eo vti Clerici, ac Monàci *Cardinalis in c. perpendimus in 2. q. ad fin. de sent. excom., Panormitanus in cap. ex literis in primo not. de vita, & honestate cleric., Romanus sing. 443. capitulum Domi in cap. vlt. in princip. circa medium vers. quæro pone de offic. deleg. in 6., Alexander cons. 111. ponderatis his omnibus col. penult. verb. ad id, quod no. l b. 2.*, non enim dubium potest esse, quin laici Principes possint clericis, & Monasterijs conferre beneficia per textum *in c. nouit de iudic., & in l. omnia priuilegia, C. de Episc., & Cleric.*, quinimmò ex eo, quod fiunt generalitèr, & indefinitè concessa eos intelliguntur afficere; sed statutum Mediolani de quota *in d. c. 434.* est huiusmodi; est enim potius Ecclesiæ fauorabile, quam perniciosum; cum in acquisitione ius habeat prælationis; in alienatione grauamen aliquod non subeat, cum a consorte retrahere volente possit tantum exigere, quantum ab extraneo offertur; statuta autem a Principibus laicis condita generalitèr, & fauorabilia prosunt, & Ecclesijs, & Ecclesiasticis personis *cap. constitutus de in integr. restit. c. dilectum vbi Ioannes Andreas, Card. Zabarella, Antonius Butrius, Petrus Ancharanus, & Abbas de for. compet. cap 2. de consuet. c. si in adiutorium dist. 1., Tiraquel. in tract. primogen. qu. 44., & in tract. retract. tit. 1. §. 1. glos. 8. in verb. le parent. n. 41.*

4 Est per modum priuilegij & concessionis.

Statuta à Principibus condita fauorabilia Ecclesiæ prosunt eidē Eccl.

Neque obesse potest textus *in c. benè quidem distinct. 96., & in c. Eccles. S. Mariæ extra de constit.*, vbi dicitur, quod statuta aliorum ab Imperatoribus, quantumuis fauorabilia, & generalitèr loquantur non prosint Ecclesijs, & Ecclesiasticis personis, nisi sint à Papa approbata, quod etiam commendat *Hostiensis in cap. vlt., & ibi post eum Ioannes Andræas col. penult., & Panormitanus col. vlt. de solut., Baldus cons. 155., articulus col. vlt. verb. præterea quamuis l. 2., Petrus Ancharanus in repet. c. 1. in 12. qu. princip. vers. hic etiam quæro vtrum statuta de constitut.*, quod præcipuè verum est, quia Ecclesiastici in ordine ad statuta laicalia computantur, vt extranei; extranei autem non debent potiri statutis, seu beneficijs statu-

10.

torum *l. vlt. C. de summa Trinit.*, *Bartolus in tract. repraesaliorum in prima quaest. quintae, quaest. princip.*, *Angelus cons. 73. in statuto Florent.*, *Paulus de Castro in l. omnes populi ad fin. ff. de iust., & iur.* Non, inquam, obesse potest; quia allegati textus procedunt solummodò, quando statutum constitutum est specie quadam auctoritatis, & iurisdictionis, quia tunc prohibitum est Clericis, & Ecclesiasticis eodem vti, ne videantur id agentes laicorum in se auctoritatem, & iurisdictionem recognoscere, per textum *in c. si diligenti, & c. significasti de for. compet.* secus autem, quando statutum constitutum est per modum simplicis concessionis, & priuilegij, quod non officit statui, nec personae per ea, quae notat *Tiraquel. de iure primogeniorum quaest. 44. num. 13.*, & euincunt omnia iura, & Doctores, quae, & quos supra allegauimus in probatione; Nec minus obesse potest id, quod subditur; nam dico, quod quoad priuilegia, quae habent vim simplicis concessionis generalis, Ecclesiastici existentes in loco priuilegij non computentur, vt extranei, cum in fauorabilibus computentur, vt ciues; nec mirum est, quod in fauorabilibus comprehendantur, quandoquidem commoda Laici ijs facere possunt, quibus inferre nequeunt incommoda *l. quoties., C. de senat. Glosa in l. nemo, qui condemnare, ff. de reg. iuris*, vbi espressè est sermo de laicis erga Clericos.

4 In fauorabilibus Religiosi existentes in loco computantur, vt ciues.

Probatur secundò à simili, quia statutum praecipiens, ne immobilia alienentur in extraneos comprehendit etiam Clericos, & Ecclesiam *Iacobus Butrius in auth. Cassa, C. de Sacr. Sanct. Eccl., & in l. assiduis, C. qui pot. in pign. hab., & latè Signorolus cons. 2. Statuto Ciuitatis Mediol.*, vbi quindecim affert rationes, quas tu consule, quinimmò nonnulli afferunt *Salicetum in repetit. l. primae ad fin. C. de Sacr. Sanct. Eccles.* asseruisse se id disputasse, & obtinuisse apud Archiepiscopum Mediolanensem conuocato Concilio Mediolanensi, & alijs iuris peritis, ergo, si hoc statutum, quod est quodamodo odiosum, ligat Ecclesiasticos, & Ecclesias, non est, cur statutum, de quo loquimur, cum sit fauorabile, non debeat eosdem afficere.

5 Statutum prohibēs alienationem immobiliū in extraneos afficit Ecclesiasticos.

Hinc sequitur, quod, si Ecclesiastici, seu Ecclesia vti potest tali priuilegio statuti aduersus Laicos alienantes bona, in quibus eadem Ecclesia, seu Ecclesiastici habent quotam, possint eodem vti laici aduersus Ecclesiasticos alienare volentes. Quis enim aspernabitur, inquit Vulpianus, idem ius sibi dici, quod ipse alijs dicit, seu dici efficit; atque haec est lex Rodhamanti teste *Aristotile lib. 5. Ethic. c. item 5.*

6 Statutum afficit tam actiuè, quam passiuè Ecclesiasticos.

Sed, quod quisq; facit, idem patiatur, & ipse
Id iustum fiet denique iudicium.

quod etiam videtur exigere aequitas canonica *arg. c. 1. §. sed Dinus tit. de alien. feud.*, *Panormitanus in cap. 1. extrà de empt., & vend.*

Probatur tertiò, *ex d. c. constitutus de in integr. restit.*, vbi Clericus vtitur consuetudine, quae dat facultatem retrahendi rem à consanguineo venditam, *& ex c. dilecti de for. compet.*, vbi priuilegium simpliciter concessum hominibus alicuius loci comprehendit Clericos illius loci, *& ex cap. 2. de consuet.*, vbi, & Ecclesia vtitur consuetudine transferente rei possessionem ex aliquo actu.

Haec, quae hactenus dicta sunt, adeò vera sunt, vt etiam locum obtineant in rebus emphytheuticis, & feudalibus Ecclesiae *Petrus Ancharanus cons. 125. visis, & diligentèr col. vlt. vers. per praedicta tollitur, & cons. 433. post quam ista Domina in princip. vers. non obstat, quod bona Ecclesiarum, Paulus Castrensis cons. 194. viso statuto communis Florent. in fin. lib. primo*, vbi loquitur de statuto huic nostro admodum affini, & in casu nostri statuti *Iason* palam hic secum pugnans *cons. 224. principale dubium col. vlt. lib. 2.*

7 Habet etiam locum in rebus emphytheuticis, & feudalibus Ecclesiae.

Pro coronide huius disquisitionis nota pulchrum quaesitum, & decisionem *Maranta quaest. leg. disp. 8. nu. 57.* Quaeritur hic, an, si laicus emat fundum ab Ecclesia, in eo vicinus possit petere ius congrui, & respondet affirmatiuè etiam in suppositione, quod aduersus Ecclesiam non concederetur ius congrui, & rationem adducit fundatam in eo, quod ius congrui sequitur possessorem, qui est subditus legi laicorum, & mutatione personae mutatur conditio rei, & quando Ecclesia vendit, nullum est grauamen Ecclesiae, quod emptor conueniatur, atque ita etiam tenet *Sebastianus in consuetudine Eccl. in fin. verb. emat*, atque ab hac sententia, vtpotè Ecclesiae fauorabiliori puto non recedendum, nec in consulendo, nec in iudicando, prout latè definitum est in pluribus magni nominis tribunalibus.

8 Ius congrui competit vicino aduersus ementes fundum ab Ecclesia.

§. VI.

An emptor rei immobilis, qui potest conueniri iure congrui, donans illam alteri, vel permutans cessare faciat ius congrui.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series in suis terminis. 1.

Vbi vrget constitutio, Sancimus de iure protomiseos, *ex vi donationis vicinus non excluditur à iure congrui.* 2.

In

In terminis statuti Mediolani de quota habens quotam non excluditur à iure retractus ex eo, quod emptor transtulerit rem, vel titulo donationis, vel permutationis. 3.

Statutum est conceptum verbis prægnantibus, & generalibus. 4.

1 Explicatur, in quo sensu sumatur titulus.

DIsquisitio VI. Occasione eorum, quæ præcedentèr dicta sunt, successiua, & non minus vtilis in hac materia consurgit ratio dubitandi, siue res sumatur in terminis præcisis statuti Mediolanensis *in d. c. 434.* de iure quotæ, siue in terminis iuris congrui iuxtà terminos eiusdem iuris, vbi viget. Res sic componitur. Fabius emit partem fundi à Caio, cui erat annexa quota propria Sempronij, vbi ex vi statutorum Mediolan. conceditur ius retractus modo, quo suprà, vel fortè etiam totum fundum, cui vicinus erat fundus eiusdem Sempronij, vbi ratione vicinitatis competebat ius congrui respectu eiusdem Sempronij. Timens idem Fabius, ne aduersus se intentaretur ius congrui, partem, vel fundum à se ipso emptum titulo donationis contulit Antonio suo familiari, vel fortè etiam consanguineo. Orta hic fuit controuersia, an ratione talis donationis intelligatur sublatum ius congrui respectu vicini, vel retractus respectu habentis quotam in eodem fundo.

2 Competit vicino ius congrui non obstante titulo donationis.

Respondeo primo, in terminis *constit. Sancimus* vigentis in Regno Neapolitano *de iure protomiseos* in hypothesi præsentis disquisitionis, vicinus non excluditur à iure congrui, quantumuis in dicta constitutione sermo habeatur solummodò de triplici contractu venditionis scilicet, locationis, & emphytheusis. Expressè nostram responsionem sustinet *Maranta quæst. leg. disp. 9 à n. 17. ad fin.*, quam multis rationibus probat, & respondet omnibus obiectis. Nobis vna, vel altera ratio, eaque fundamentalis sufficiet.

Euincitur ex paritate fundi venditi irrequisito vicino.

Prima ratio sit, quia per venditionem factam a Domino alteri non vicino non requisito vicino statim, & ipso iure eidem vicino ius acquisitum est, ergo sine facto proprio non poterit ab eodem diuelli per textum *in l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.*, quinimmò per illam venditionem nulla facta denuntiatione eidem vicino dominium non transit absolutè in emptorem, ex quo facta est contra iuris dispositionem, vt à simili conuincit *Alexander in addit. Bart. in l. 2. §. fin. ff. de act. empt. per Bartolum in l. si ità quis, §. ea lege, ff. de verb. oblig., & in l. cum lex in fin. ff. de fideiuss.*, & quando etiam per illam venditionem transferretur dominium, hoc tamen transferretur reuocabilitèr; vndè semper ius aliquod ad reuocationem acquisitum remanet vicino; quando autem ius ex facto alterius quis cõsecutus est, potest eo vti contra quemlibet etiam eo inuito per textum *in l. si post mortem, §. fin. ff. de bon. poss. contra tab., & per Bartolum in l. petenda, C. de in integr. restit.*, ergo etiam inuito emptore poterit eodem vti contrà donatarium.

Secunda ratio ea esse potest, quia, si liberum esset emptori ad se eximendum ab onere iuris congrui alteri donare, vt supponitur ex facti serie, aperiretur materia delinquendi, & via fraudibus; posset enim emptor donare, vel cum implicito onere redonationis, vel alio modo sibi, suisque proficuo; fraudibus autem semper obuiandum est per textum *in l. in fundo, ff. de rei vendic. Clem. 1., & ibi Cardinal. de vsuris, & Clem. 1. §. fin., & ibi Cardinal. de concess. preben.* Aperiretur via fraudibus, & de facili vicinus posset decipi.

Neque obesse potest primò, quod ius congrui competat solummodò ex contractibus venditionis, locationis, & emphytheusis, vt suprà præferebatur, adeoque, quod non extendatur ad donationes; non, inquam, obesse potest, quia, quantumuis ex illis contractibus solummodò ius congrui inijciatur, ex contractu tamen venditionis iniectum est illud onus congrui rei venditę, quæ propterea licet postea transferatur per donationem, transfertur tamen semper cum onere suo per textum *in l. 1. §. fin. ff. ad vallei.*, quia à primordio tituli posterior formatur euentus; nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem, cum emptor acquisierit dominium, quod in eo, casu quodamodo suspensum remanet apud venditorem, quousque à vicino, vel vindicetur, vel lapsu temporis præfinito ille cedat iuri suo, non potest maius ius in alium transferre, ac habeat in se ipso *l. nemo plus iuris, & ibi not. ff. de reg. iur.* A primordio acquisitionis inest rei illud onus congrui.

Neque obesse potest secundò, si afferatur, quod *d. const. Sancimus de iure protomis.* sit correctoria iuris communis *in l. dudum, C. de contrah. empt., & in l. ea mandata, C. mandati*; in correctorijs autem debet fieri stricta interpretatio *l. si verò, §. de viro, & ibi Doctores, ff. solut. matrim.*, nec ex identitate rationis fieri extensio *Bartolus in auth. quas actiones col. penult. C. de Sacros. Eccles.*, *Alexander in l. 2. ff. de leg. 1.*, atque ad hoc facit textus *in l. præcipimus in fin., C. de app.*, *& l. sancimus, C. de test.*, ergo, cùm loquatur præcisè de contractibus venditionis, locationis, & emphytheusis, ad illos est restringenda, seu ad emptorem, non autem extendenda ad donatarium habentem causam ab eodem emptore; Non, inquam, obesse potest, quia, quamuis regulariter in correctorijs non fiat extensio, fallit tamen, quando adest causa vitandi peccatum, vt euenit in casu nostro, in quo, si non fieret extensio, quilibet fraudaret legem constituendo sibi successorem; fallit item, Constitutio. Sancimus est correctoria iuris cõmunis. Fit extensio, quando adest causa vitandi fraudes.

quando vnica tantum ratio assignari potest *Gloss. in l. quamuis, C. de fideic., & Iason. in §. omnium col. 7. instit. de statut., Alexander cons. 48. col. 2. vol. 1.*; in hac autem hypothesi est vnica tantum ratio scilicet fauore coniunctorum; ergo &c.

Respondeo secundò. In terminis statuti Mediolani de quota, vt supra, habens quotam non excluditur à iure retractus ex eo; quod emptor rem acquisitam in alium transtulerit titulo donationis, vel permutationis; faciunt ad hoc ea omnia, quæ dicta fuerunt in præcedenti responsione, & vlterius euiucunt ex terminis vniuersalibus, & prægnantibus, quibus conceptum est illud statutum; Dicitur enim in eodem, *quouis titulo, & modo*, per quæ comprehenditur omnis species alienationis, quæ alias non comprehenderetur *Paris. cons. 83. num. 13. cum seq. vol. 3.* præcipuè, cum in hac dispositione reperiantur verba ampla hoc indicantia, & geminata. Quamobrem non est, cur in his immoremur.

§. VII.

Verum extraneus possit succedere per solutionem in iure caducitatis in emphytheusi.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series, & rationes dubitandi circa ipsum. 1.

Singularis successor ex vi præcisè acquisitionis dominij directi post non solutum canonem, vel post Dominium non recognitum, quantumuis fuerit talis ex titulo oneroso, non potest inditere caducitatem aduersus emphytheutam, quam non indixit ipse Dominus directus post culpam commissam. 2.

Ius caducitatis post translatum dominium directum in emptorem extraneum non potest postea per Monasterium ex alio contractu; seu titulo, siue oneroso, siue gratuito in eundem transferri. 3.

Ius caducitatis est personale. 4.

1 Explicatur in terminis particularibus titulus præsens. DIsquisitio VII. Gaudebat iure dominij directi Monasterium quoddam in certa parte domus; in qua habebat quotam liberam certa alia persona; quæ etiam gaudebat vtili dominio in ea parte, quæ quoad dominium directum pertinebat ad idem Monasterium: Contigit, vt Monasterium seruatis solemnitatibus a iure præscriptis ius dominij directi, quo gaudebat, transferret in quendam extraneum; qui contendens personam, quæ gaudebat vtili dominio in ea parte, in qua ipse acquisiuit directum, in commissum recidisse, vel ex eo, quod successerit in eodem iure, & pro illo tempore Monasterium non recognouerit, vel canonem non soluerit, adeoque in sui fauorem consolidatum esse vtile directo dominio; præcipuè cum post acquisitum dominium directum pecunia etiam acquisierit ius caducitatis. Quæritur iam hic quid iuris? & primò, an, cum caducitas non fuerit intimata a Monasterio; quod habebat dominium directum pro illo tempore, quo commissa est, potuerit postea per particularem successorem eiusdem titulo oneroso eadem caducitas aduersus possidentem intentari; Secundò ex suppositione; quod ex vi præcisè acquisitionis dominij directi non potuerit per eundem successorem intentari, an saltem potuerit ab eodem Monasterio per nouum contractum acquirere ius caducitatis, & deinde ex vi illius sic acquisiti agere ad consolidationem vtilis dominij cum directo: Rationes dubitandi circa casum præsentë.

Respondeo primò, ex vi præcisè acquisitionis dominij directi post non solutum canonem, vel post dominium non recognitum non posse singularis successor in iure directo, quantumuis fuerit talis ex titulo oneroso; inditere caducitatem aduersus possidentem; quam non indixit ipse Dominus directus post culpam commissam. 2

In hanc responsionem propendere existimo, quotquot sustinent empytheutam non recidere in commissum, nisi, postquam Dominus proprietatis se declararit; velle eum incidisse *Iulius Clarus lib. 4. sent. §. emphyt. q. 9., Siluester verb. Emphytheusis q. 2., Molina disp. 453., Lessius lib. 2. c. 24. dub. 9. num. 46., & alij communitèr iuxtà textum in l. 2., C. de iur. emphyt.*, si enim emphyteuta non incidit in commissum, nisi Dominus declaret incidisse, ex consequenti sequitur, quod, si Dominus ius proprium directum alienet, & non se declaret, non intelligatur emphytheuta recidisse; Quod, si dicas, quod, quantumuis Monasterium, quod transtulit dominium directum in alium extraneum, non se declararit; transferendo tamen idem dominium directum in illum, transtulerit etiam in eundem ius se declarandi, & per consequens, quod stante commisso possit hic se declarare; quod inciderit; contra impugnaberis; quia per translationem dominij directi non necessario indiuisibilitèr transfertur ius caducitatis, si ex commisso obuenerit; quinimmò ex eo, quod prior Dominus directus ius suum directum in alium transtulerit nulla habita ratione dominij vtilis, præsumitur in fauorem committentis remisisse ius caducitatis, seu eidem cessisse, quod propterea in acquirente illud dominium directum nullam penitus vim habere potest; vndè merito *Iacobus Cancerius var. resol. cap. 21. de* Emphytheuta nō incidit in cōmissum nisi dominus declaret incidisse. Ex translatione dominij directi nō necessario infertur translatio iuris caducitatis.

trans-

transmissionibus n. 256., asserit communem esse resolutionem, quod caducitas non transmittatur ad hæredes, nec contra hæredes, quando Dominus fuit sciens, & non fuit conquestus in vita, ex quo ad acquisitionem Dominus suam voluntatem declarare tenebatur *Baldus in l. fin. C. de reuoca. donat.*, *Alexander conf. 182. viso themate lib. 2.*, *Decius conf. 185. in Appendice nu. 9.*, *Antonius Gamma decis. 17.* Ad hoc etiam optimè facit id, quod habet *Baldus in dict. l. fin. num. 6. C. de reuoc. donat.*, quod successor non improbat factum sui prædecessoris, quando ipse noluerit improbare, & quod ius reuocandi donationem propter pacta non seruata viuente donatore non transeat ad successorem, quia, quod donator non reuocat, sed sub silentio pertransit, hæres eius reuocare non potest, idem *Baldus in ead. l. fin. C. de reuoc. donat. num. 1.*, ergo etiam ius reuocandi concessionem iuris emphyteutici propter conditiones non adimpletas tempore domini principalis directi, quodque hic non reuocauit, sed sub silentio pertransijt, non poterit per successorem eiusdem reuocari. Fortius roborabitur præsens responsio ex ijs, quæ dicentur in responsione, quam mox subdo.

Quod auctor non reuocauit nec reuocare potest hæres.

3 Respondeo secundò, ius caducitatis post translatum dominium directum in emptorem extraneum non poterit postea per Monasterium ex alio contractu, seu titulo, siue oneroso, siue gratuito in eundem transferri, vndè ex vi illius successor non poterit agere ad consolidationem dominij vtilis cum directo. Probari posset responsio ex eo præcisè, quod, cum Dominus directus transtulerit dominium directum in emptorem sine iure caducitatis, quinimmò cum iure in successore exigendi ab Emphyteuta pensiones, videtur implicitè remisisse ius caducitatis, cum simul stare non possit, vt quis eodem tempore habeatur pro emphytheuta, & pro non emphhtheuta *Ruinus conf. 110. num. 4. lib. 1.*, *Gigas de pension. quæst. 73. in fin.*, *Mascardus de probat. concl. 251. num. 11.* Nihilominus ex altiori indagine, & fundamentali ratione res meliùs, & fortiùs euincitur, quia ius caducitatis, vtpotè personale, non est transmissibile in extraneum emptorem, seu successorem, *Glosa in l. idem Pomponius, §. fin. de rei vendic.*, *Bartolus, & Alexander in l. inter stipulantem, §. 1. ff. de verb. obligat.*, *Cassador decis. 2., & 3. de locato*, *Alexander conf. 173. in fin. lib. 2.*, *Natta conf. 335. in fin.*, & ratio ea esse potest, quia ius caducitatis non potest egredi personam, cui competit declarare caducitatem, ius autem declarandi non egreditur personam domini principalis directi, aduersus quem commissum est delictum. Hoc idem probat *Gulielmus Rodoan. de reb. Eccl. non alterand. inter tract. communes tom. 15. sub tit. caducitas quand. in cert. pos.*, vbi dicit caducitatem non intentatam per auctorem, non posse intentari per successorem, quia videtur esse beneficium personale, quod non egreditur personam eiusdem, exemplo reuocationis donationis ex capite ingratitudinis, quod licet competat donatori, non tamen competit eius successori *l. fin. C. de reuoc. donat.* Confirmari potest ex eo, quod ius caducitatis non potest esse, nisi penes Dominum directum, & sine dominio directo subsistere non potest, quia in eodem tanquam in subiecto radicatur, sed quando Dominus directus in alium successorem iam transtulit dominium directum, non amplius ipse Dominus directus est, ergo non habet amplius ius caducitatis, adeoque illud in alium transferre non potest. Confirmari potest, quia ius caducitatis, quod habet Dominus directus, vel ob non solutum canonem, vel ob non recognitionem præstitam per emphyteutam in non solutione laudemij inuoluit solummodò actionem pænalem; actio autem pænalis ob defectum recognitionis personæ læsæ, seu non recognitæ sistit in eadem persona, nec in aliam transfunditur, ergo &c.

Vendēdo ius directum sine iure caducitatis præsumitur eidem cessisse.

Ius caducitatis est personale

4

Ius caducitatis, nō potest esse sine dominio directo.

Actio pænalis sistit in persona.

§. VIII.

Quinam inter habentes ius offerendi sint præferendi.

SVMMARIVM.

Exponitur factum, & proponuntur personæ, quæ possunt offerre. 1.

Inter creditores offerentes ille præferendus est, qui rem pignori subiectam possidet. 2.

Si nullus ex ipsis possideat, præferendus est, qui habet priorem hypothecam, & creditum anterius. Ibid.

Si prior possideat, & offerat debitum posteriori creditori, ipse præcedit, si verò posterior possideat, & velit priori offerre, tunc ipse præferendus est. Ibid.

Concurrentibus creditoribus, & possessore, quantumuis hic non fuerit creditor, præferendus est. 3.

In concursu creditorum mariti soluto matrimonio in ordine ad bona dotalia simul cum possessore eorundem, alijsque creditoribus anterioribus possessor ipse præferendus est, & inter creditores non possidentes ille, qui prior est. 4.

Concurrente fideiussore debitoris in fauorem creditoris adiecto cum eodem primo creditore, vel cum alijs creditoribus, vel etiam cum possessore rei hypothecatæ quoad ius offerendi præferendus est possessor, ipsoque non

offerente praeferendus est fideiussor creditoribus posterioribus. 5.

Concurrente Domino rei, quantumuis rem illam non possideat cum caeteris creditoribus, vel possessoribus ipse praeferendus est. 6.

Habens quotam liberam ex vi statuti Mediolani praeferendus est creditoribus, & possessoribus. 7.

1 DIsquisitio VIII. Contraxerat Caius debitum cum Theodorico, cui propria nonnulla bona in securitatem sui debiti primò hypothecæ subiecerat, deindè eadem alijs pro alijs debitis obligauerat. Ex dictis in præcedentibus disquisitionibus ius offerendi competit secundo, alijsque creditoribus hypothecarijs præcipuè, item alijs, qui fuerint simplices possessores; item creditoribus mariti soluto matrimonio in ordine ad bona dotalia vxoris; item fideiussoribus debitoris; item Domino rei, quantumuis illam non possideat, nec fuerit creditor hypothecarius, item cuicumque extraneo, non tamen ad effectum, vt cæteris præferatur; item habenti quotam liberam in illis rebus sic obligatis ex vi statuti Mediolanensis, prout supra dictum est, & alijs, prout ex supra commendatis. Concurrebant iam omnes isti ad offerendum Theodorico, vt in ipsius locum substituerentur; & quidem æquè primo. Hic orta fuit controuersia, quinam ex illis concurrentibus essent præferendus.

Quinam sint, qui possunt offerre, & concurrere, vt præferantur.

2 Respondeo primò, inter creditores offerentes ille præferendus est, qui rem pignori subiectam possidet; quod, si nullus ex illis possideat, præferendus est, qui habet priorem hypothecam, & creditum anterius; vndè, si prior possideat, & offerat debitum posteriori creditori, tunc ipse præcedit *Negusantius de pignor. 3. membr. quinta partis num. 17., Mantica de tacit. & ambig. conuention. lib. 11. tit. 28. num. 18.*, si verò posterior possideat, & velit priori offerre, tunc ipse præferendus est, *Salicetus in l. cum notissimi, §. eodem iure n. 7. vers. quaro in casu nostro de praescript. 30. annorum, Negusant. loc. cit. nu. 18.* Ratio primæ partis, quod scilicet creditores possidentes præferendi sint non possidentibus nulla habita ratione anterioritatis, & posterioritatis crediti deducitur ex eo, quod semper melior sit conditio possidentis, & plus iuris habeat, qui possidet, quam qui non possidet *argum. l. qua ratione, §., sed non vt in litore, ff. de ac qu. rer. domin. l. 1. in fin. cum seqq. ff. vti possidetis*. Ratio secundæ partis ea est, quia, cum in cæteris par sit eorum conditio, prior in tempore potior haberi debet ex vulgatis iuribus, & ità expressè docet *Negusant ius, & Mantica locis citatis ille num. 19., iste etiam nu. 19.*, per textum

Possidens pignus præferri debet.

Melior in oblationibus est conditio possidentis.

Cæteris paribus prior præferendus est

in l. 1. C. qui pot. in pign. hab., & l. 3. §. 1. ff. eod., ex qua regula deducunt præallegati Doctores, quod, si posterior creditor, qui non possidet, obtulerit primo non possidenti, cum tertius quidam possideat, possit nihilominus primus offerre secundo creditori ad effectum obtinendi in hypothecarem obligatam, quando vterque agit contra tertium possidentem *Negusantius loc. cit. num. 16.*, quia, quamuis primus creditor non cogatur offerre secundo, tamen volens potest offerre *l. prior, C. qui pot. in pign. hab.*, & offerendo præferendus est alteri, quantumuis obtulerit per textum *in l. 3. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.*; Neque quoad hoc valent rationes, quæ fuerunt adductæ pro prima parte, quandoquidem secundus creditor per illam oblationem, & depositionem non fit possessor, & per consequens non potest dici, quod sit melior conditio eiusdem, nec magis officere potest, si asseratur, quod per oblationem factam per secundum creditorem, depositionem, & obsignationem fuerit extinctum ius prioris creditoris, adeoque, quod hic non possit amplius offerre eidem secundo creditori; non, inquam, magis officere potest, quia supponitur, quod æquè primò primus, & secundus creditor concurrant ad offerendum, & quod primus non receperit solutionem, quia voluerit secundo offerre. Deducunt vlterius, quod, si prior creditor fuerit etiam possessor rei hypothecatæ, & secundus creditor obtulerit, deposuerit, & obsignauerit creditum eiusdem in fauorem eiusdem primi creditoris possidentis, possit nihilominus post prædicta primus creditor offerre secundo, per ea quæ habet *Glosa in l. 1. C. qui pot. in pign. hab., Negusantius de pig. memb. 3. partis quinta n. 20.*, & hoc propter rationem possessionis, qua gaudet ipse primus creditor, &, sicut quilibet extraneus possessor potest offerre, non video, cur non possit offerre primus creditor, si fuerit possidens; & licet dicatur, quod per oblationem, depositionem, & obsignationem intelligatur sublatum creditum eiusdem primi creditoris, adeoque, quod videatur non amplius habere ius offerendi; tamen hoc non tollit vim nostri asserti, quandoquidem tunc non offerret, vt creditor, sed vt possidens, &, sicuti extraneus etiam possessor, quantumuis non fuerit creditor per superius notata, potest offerre, ita non video, cur ille, qui fuerat creditor, si adhuc possideat, non possit offerre *Glosa in dict. l. potior, §. fin. ff. qui pot. in pign. hab., & in l. 1. C. eod. tit.*, & ratione possessionis præferendus non sit per ea, quæ habet *Negusantius ex iuribus, & Doctoribus d. membr. 3. partis quinta num. 20. circa fin.*

Per oblationem, & depositionem secundus creditor non fit possessor.

Potest æquè primo vterque offerre.

Non offerret, vt creditor, sed vt possessor.

Respondeo secundò, concurrentibus creditoribus, & possessore, etiam si non fuerit 5

cre-

creditor, hic in iure offerendi præferendus est *Negusantius de pign. loc. cit.*, *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. n. 23.*, *Salicetus in l. cum notissimi*, *§. eodem iure de praescript. 30. ann.* Ratio ex superiùs assertis deducitur, quod respectus possessionis quoad ius offerendi præfertur hypothecæ, & creditis, & plus consideratur commodum possessionis, quam prærogatiua temporis, *Glosa in dict. l. potior, §. fin. ff. qui pot. in pig. hab.* Neque obesse potest textus *in l. si fundus, §. in vendicatione, ff. de pignor.*, vbi dicitur, quod possessor conuentus hypothecaria condemnari debeat ad restituendum, nisi soluat, vel restituat rem; ex quo videtur inferri, quod non habeat ius offerendi in concursu cum creditoribus hypothecarijs; Non, inquam, obesse potest, quia, cum in eodem textu dicatur, *nisi soluat*, non excluditur oblatio, cum enim oblatio æqui valeat solutioni, perindè habetur, ac si in eodem textu diceretur; *nisi soluat, vel offerat*.

Respectus possessionis quoad ius offerendi præfertur hypothecæ, & credito.

Oblatio æquiualet solutioni.

4 Respondeo tertiò, concurrentibus creditoribus mariti soluto matrimonio in ordine ad bona dotalia simul cum possessore eorundem, alijsque creditoribus anterioribus offerendo dotem eidem vxori possessor ipse præferendus est creditoribus, & inter creditores non possidentes ille, qui prior est. Consonat hæc responsio cum ijs, quæ superiùs dicta sunt; quandoquidem respectu eiusdem mariti, vel hæredum soluto matrimonio dos, quæ restituitur, non est amplius dos, cum non inseruiat ampliùs oneribus matrimonij, adeoque computatur inter alia credita simplicia, quamuis hypothecaria, ergo, sicuti in ordine ad alia credita, quamuis hypothecaria possessor in iure offerendi præferendus est cæteris creditoribus, & inter creditores ille, qui prior est, ità hoc idem seruata proportione dicendum erit in ordine ad dotem matrimonio soluto.

Computatur inter alia credita simplicia, & hypothecaria.

5 Respondeo quartò, concurrente fideiussore debitoris in fauorem primi creditoris adiecto cum eodem primo creditore, vel cum alijs creditoribus, vel etiam cum possessore rei hypothecatæ quoad ius offerendi præferendus est in primis possessor, ipsoque non offerente præferendus est cæteris creditoribus posterioribus fideiussor. Prima pars clarè liquet ex præcedentibus, ius etenim possessionis magis attenditur, quam ius crediti, & hypothecæ, & cuicunque alteri rationi in iure offerendi. Secunda pars ex eo facilè deducitur, quia ex ipso onere fideiussionis, quam præstitit in fauorem creditoris anterioris, videtur etiam maius ius acquirere, & in oblatione quodamodo id præstat, quod præstaret ipse principalis debitor, cum ad hoc possit compelli, ergo ipse præferendus est cæteris omnibus posterioribus non habentibus possessionem, *Cinus secundum Dynum in l. 2. in fin. C. de fideiuss.*

In oblatione id præstat fideiussor, quod præstaret principalis debitor.

Respondeo quintò, concurrente Domino rei, quantumuis rem illam non possideat, vel non fuerit creditor hypothecarius cum cæteris creditoribus, vel possessoribus, prælatio in iure offerendi concedenda est eidem Domino habenti ius in re. Hoc videtur saltem implicitè sentire *Paulus de Castro in l. si res obligata, ff. de leg. 1.*, vbi asserit, quod quando quis habet ius in re, vt est legatarius, qui est Dominus rei, possit offerre creditori, quod ei debetur, & per viam agendi petere cessionem actionis; nec officere potest, quod ipse legatarius non possideat, quia, quando habet ius in re, vt est Dominus, & legatarius, vtique potest petere cessionem actionis, vt est textus *in d. l. si res obligata, ff. de leg. 2.*, quam in præsenti hypothesi allegant, & commendant *Bartolus, Paulus de Castro ibi, & alij Doctores communitèr*. Ad hanc responsionem corroborandam maximè facit, id, quod habent *Negusantius de pign. membr. 3. partis quintæ num. 38.*, & *Paulus de Castro d. l. si res obligata, ff. de leg. 2.*, quod scilicet legatarius post sententiam, & restitutionem rei, & sic, postquam desijt possidere, possit petere cessionem iurium, ergo etiamsi Dominus non possideat, & aduersus possessorem petierit offerre. 6

6 Dominus rei præferendus est creditoribus, & possessoribus.

Dominus rei non potest petere actionem cessionis.

Respondeo sextò. Habens quotam liberam in certo fundo, ædificio, seu domo, cui ex statuto Mediolanensi conceditur ius retractus, si concurrat cum alijs creditoribus, seu possessoribus ad acquirendum dominium directum, & Dominus directus velit alienare, præferendus est stante prædicto statuto. Ratio est, quia ex vna parte saluatur finis prædicti statuti; ex alia, cum agatur de dominio directo, nullum præiudicium infertur cæteris creditoribus, seu possessoribus, cum hypotheca, quæ primò fuerat indita, adhuc perseueret in fauorem eorundem creditorum. Sed de hoc alibi erit sermo vberiùs.

7 Habens quotam præfertur ex vi statuti Med.

---

§. IX.

Qualitèr fieri debeat oblatio.

SVMMARIVM.

Status difficultatis exponitur. 1.
Oblatio verbalis regularitèr non est sufficiens ad liberationem pignoris, & successionem. 2.
Sufficit oblatio verbalis, quando offertur res immobilis in iudicio. 3.
Sufficit omninò oblatio verbalis ad effectum retractandi venditionem pignoris factam

per

per traditionem. 4.

Ad liberandum pignus à priori obligatione non sufficit oblatio conditionata sub conditione extrinseca, sed requiritur pura, vel sub conditione intrinseca. 5.

Oblatio ad talem effectum debet esse integra, non diminuta. 6.

Limita in casu, quo una pars debiti esset per debitorem confessata, altera negata. 7.

Item in casu, quo una pars esset liquida, alia non. 8.

Oblatio debet esse specialis, nec sufficit generalis. 9.

Debet fieri congruo loco, & tempore. 10.

Oblatio illa debet fieri praesenti. 11.

Quo modo facienda sit, si sit absens. 12.

Congruentiùs oblatio debet fieri in domo creditoris. 13.

An oblator debeat deferre, & creditor recipere. 14.

1 Proponuntur difficultatis rationes circa titulum.

DIsquisitio IX. Iuxtà terminos praecedentium disquisitionum Caius erat creditor anterior, & hypothecarius Antonij respectu aliorum plurium, qui etiam gaudebat iure hypothecae aduersus bona eiusdem Antonij, sed ex causa, & titulo subsequenti. Ad eximenda illa bona ab onere anteriori, quo premebantur in fauorem Caij, Theodoricus creditor posterior obtulit eidem Caio suum creditum oblatione tamen verbali tantum, non reali, vel fortè etiam oblatione tantum sub conditione, non pura, vel diminuta, non integra, vel generali, non speciali, vel absenti, non praesenti, vel fortè etiam in loco, & tempore non congruo. Quaeritur iam, an huiusmodi oblationes sic factae per Theodoricum validae sint, & sufficientes, ad hoc vt illa pignora eximantur ab onere, quo premebantur in fauorem Caij, & vt Theodoricus constituatur in eiusdem locum.

2 Non sufficit oblatio verbalis.

Respondeo primò, regulariter loquendo Theodoricus per oblationem verbalem non consequeretur effectum liberationis pignoris à Caio, nec in eiusdem locum constitueretur *Negusantius de pign. 2. part. membr. tertij partis 5. principalis nu. 1., Bartolus in l. praetor, §. si quis paratus, ff. de nou. oper. nunt., Baldus in tit. si de feud. fue. contr. inter dom., & Agnat. §. liber., Bartolus in l. acceptam in vers. venio ad qu. C. de vsuris, Alexander cons. 130. in causa stranalororum vol. 4. in 3. col. vers. non obstat, quod dicatur.* Colligitur praecipuè responsio ex textu *in l. qui decem verb. idem respondetur in fin ff. de solut.*, & vlteriùs ex eo euincitur, quod ad hoc, vt quis dicatur paratus satis dare, non sufficiat, quod hoc verbis exprimat, sed debeat in effectu ducere fideiussores idoneos per textum *in l. seruus, si hared. in fin. ff. de stat. lib.*, hocque plenè probat *Bartolus in d. l. praetor, §. si quis paratus, ff. de nou. oper. nunt.*, ergo etiam ad hoc, vt quis dicatur offerre quantum ad effectum liberandi pignus, non satis erit, quod verbaliter debitum offerat creditori, sed vlteriùs requiritur, quod offerat re. Ad hanc autem oblationem realem etiam non sufficit, quod oblator habeat pecuniam in marsupio, sed requiritur quod dicta pecunia extrahatur a marsupio, & coram testibus numeretur, & postea in eodem reposita deponatur apud personam idoneam, si creditor renuat recipere, vel eidem offeratur, si non renuat *Bartolus in l. cum seruus, ff. de condit., & demonstrat., Baldus in l. acceptam in 2. not. super verb. consignatam, C. de vsuris*, caeteroqui non constaret, quid offerretur per textum *in l. 1. §. sic ista. ff. de depositi, Angel. de Aret. §. fin. instit. quibus modis sol. oblig., Alexander in l. si mora col. 3. vers. iuxtà praedicta adde, ff. solut. matrim.* — Nō sufficit pecunia in marsupio sed debet extrahi, & numerari.

Dixi, *regulariter loquendo*, nam in nonnullis casibus videtur sufficere oblatio verbalis, & primo, quando offertur res immobilis per textum *in l. 2. post princip. C. quando & qu. quart. part. deb. lib. 10. auth. dos data, C. de donat. ante nupt.*, ad hoc tamen requiritur, quod offerens rem immobilem sistat se in iudicio, & dicat se paratum esse eam tradere in loco, in quo sita est *arg. l. praetor in princip., & fin. C. de eden.* secundo, quando fit oblatio ad effectum retractandi venditionem pignoris factam per creditorem, quia tunc sufficit, si sit verbalis *l. penult. ff. de rescind. vendit., Glosa in l. si residuum, §. de distract. pign., Alexander in d. l. si mora in 2. fallent. ff. solut. matrim.* Alios casus affert, *Negusant. de pignor.*, in quibus sufficere videtur verbalis oblatio, quos vos ipsi videre potestis apud eundem *in dict. tract. de pignor. 2. part. quinta partis princip. à nu. 4. vsque ad num. 9.* — 3 In oblatione rei immobilis sufficit verbalis. — 4 Sufficit item ad retractandum pignus venditū per creditorē.

5 Respondeo secundò, ad effectum liberandi pignus à priori obligatione, & vt Theodoricus constituatur in locum Caij, non sufficit oblatio conditionata sub conditione extrinseca, sed requiritur pura, & ad summum conditionata conditione intrinseca *Negusantius de pign. part. 2. membr. 3. part. quinta princip. à n. 10. vsque ad 13., Baldus in l. acceptam qu. 4., C. de vsuris.* Nomine autem conditionis intrinsecae illam intelligo, quae respicit ipsam effectuationem luitionis, seu liberationis, & contingit tunc, quando offerens debitum creditori offert, si sibi cedat ius suum in re hypothecata; nomine verò conditionis extrinsecae illam intelligo, quae non respicit ipsam substantiam luitionis, & liberationis, sed quid aliud per ipsam praescribendum sub conditione. Exemplum primae esse potest, si offerens dicat. *Offero tibi creditum tuum, si mihi cesseris iura tua, quae habes in re tibi hypo-* — Requiritur oblatio pura, nec sufficit conditionata extrinsecè. — Quid veniat nomine cōditionis intrinsecae, & extrinsecae.

hypothecata. Exemplum secundæ esse potest, si offerens dicat. *Offero tibi creditum tuum, si mihi tribuas aliam rem, quam non teneris retribuere*. Ratio primæ partis, quod scilicet non sufficiat oblatio sub conditione extrinseca, ex eo deducitur, quod actus purus est diuersus ab actu conditionali per textum *in l. 1. §. si quis simpliciter ff. de verb. obligat.*, intellige de actu conditionali conditione extrinseca, quandoquidem conditio intrinseca, vtpote de substantia actus non diuersificat ipsum actum, vt patebit ex mox dicendis; qualitas autem diuersa facit censeri rem omninò diuersam *Angelus, & Immola in l. qui liberis in princip. ff. de vulg., & pup., Alexander in l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verb. oblig. col. 1.*, ex quo sequitur, quod, cum talis oblatio respiciat conditionem ab extrinseco prouenientem, seu respicientem effectum omninò extrinsecum, nihil ponat in esse, præcipuè cum talis conditionis purificatio dependeat à voluntate creditoris, qui per non implementum illius potest illam irritare, & quo vsque non est impleta, creditum, & hypotheca adhuc remanet in suo robore. Ratio autem secundæ partis, ea est, quia, cum conditio intrinseca insit de natura sua actui, non est, cur posito actu non debeat suum sortiri effectum.

Qualitas diuersa facit censeri rem omninò diuersam

Conditio intrinseca inest de natura sua actui.

6 Respondeo tertiò, oblatio Theodorici, quantum ad effectum liberandi pignus à priori obligatione, & constituendi eundem in locum prioris creditoris, debet esse integra, non dimminuta, *Salicetus in l. semel mora in prima col. concl. 9. negatiua, ff. solut. matrim., Alexander cons. 88. visis col. penult. n. 18. vol. 6., Glosa in l. quidam æstimauerunt, ff. si cert. pet., Negusantius de pign. secunda part. tertij memb. part. quintæ princip. nu. 17., & sequ.* Expressè deducitur ex textu *in l. tutor, §. Lucius, ff. de vsuris, & in l. acceptam, C. eod. tit.; & in l. qui Romæ in princip. ff. de verb. obligat.* Tribus potissimum rationibus comprobat hanc responsionem *Iason in dict. l. quidam existimauerunt num. 4. in fin. ff. si cert. petatur*. Prima est fundata *in l. plenè, ff. famil. ercis.*, in qua dicitur, quod partialis solutio non minima incommoda solet afferre, ergo illam creditor non tenetur recipere. Consequentia tenet deducta paritate à solutione oblata loco, & tempore non congruo, quia tunc propter incommoditatem creditor non tenetur illi acquiescere per textum *in l. si soluturus, ff. de solut.*, ergo, si solutio partialis confert incommoda creditori ex eodem capite poterit eandem non recipere. Secunda est, quia creditor inuito debitore non potest diuidere creditum, & obligare eundem debitorem ad solutionem partis, & non alterius per ea, quæ dicit idem *Iason. in dict. l. quidam existimauerunt num. 4. ff. si cert. petatur*, ergo, nec debitor poterit diuidere inuito creditore solutionem debiti per partem, vnam soluendo, alteram retinendo, cæteroqui inter contrahentes non saluaretur proportionata æqualitas inter iura, & onera. Tertia est fundata *in l. cum hæres, §. item, si decem, ff. de stat. lib.*, vbi dicitur, quod creditor compellitur recipere particularem solutionem, quem textum explicans *Glosa in dict. l. quidam existimauerunt in verb. ad accipiendum in fin. ff. si cert. petatur*, asserit in eo casu, hoc esse speciale fauore libertatis, ergo vbi non militat ratio libertatis, in contrarium erit ius commune *l. ius singulare, ff. de leg.*

Debet esse integra, non diminuta

Partialis solutio affert incōmoda.

Creditor Inuito debitore nō potest diuidere creditum

Limitanda tamen est responsio primò in casu, quo vna pars debiti esset confessata per debitorem, altera negata, quia tunc posset offerre partem confessatam, quia tunc creditor compellitur partem confessatam recipere; & de alià litigare *Iason. in d. l. quidam existimauerunt num. 5. ff. si cert. pet.* Verum tamen est, quod, si creditor haberet promptas probationes totius crediti, tunc non posset debitor partem eiusdem offerre, quia negatio, quæ statim conuinci potest per contrariam probationem, nihil operatur *Glosa in l. post rem in princip. ff. de transact., Iason. in d. l. quidam existimauerunt in 5.* Secundò in casu, quo vna pars crediti esset liquida, altera non liquida, sed incerta; tunc enim posset debitor solam partem liquidam offerre, & creditor teneretur illam recipere propter rationes, & Doctores mox allegatos. Alias limitationes afferunt *Alexander, & Iason in d. l. quidam æstimauerunt* ad numerum vndecim quibus duodecimam addit *Negusantius de pignor. dict. part. 2. membr. 3. partis quintæ princip. num. 19., & alijs subsequ.*, quos tu consule.

7 Nō valet, si vna pars debiti sit confessata, alia negata.

Cessat, vbi creditor habet promptas probationes.

Respondeo quartò. Oblatio Theodorici ad effectus præcitatos debet esse specialis, nec sufficit generalis *Bartol. in l. penult. ad fin. ff. de distract. pign., Immola in l. prætor. ait, §. si quis paratus, ff. de non. op. nunciat., Ares. in cons. 142. ex facto proponitur in vlt. col. in vers. ad vlt. dubium*. Hæc responsio clarè deducitur ex ijs, quæ supra dicebamus, quod scilicet ad effectum liberationis prioris crediti, & successionis in ius, & locum eiusdem non sufficit sola verbalis oblatio, sed requiritur oblatio in re cum depositione, & obsignatione crediti oblati, sed per generalem oblationem non ponitur illa depositio, & obsignatio, ergo illa non sufficit ad effectus illos liberationis, & successionis. Accedit, quod verba generalia non inducunt obligationem *Iason, & Alexander in l. ità stipulatus in prima, & secunda col. ff. de verb. oblig.*, adeoque, nec generalis oblatio videtur posse inducere liberationem obligationis &c. Non nega-

8 Debet esse specialis.

Per generalē oblationem non fit depositio, & obsignatio.

uerim

uerim tamen, quod, si generalis oblatio talis fuerit, vt non possit, nisi referri ad specialem aliquem casum, cum in eo casu æquipolleret solum oblationi particulari, fieret in substantia, & æquiualentèr specialis, & particularis; non esset tamen sufficiens ad liberãdum pignus à priori creditore, nec ad constituendum offerentem in ipsius locum, nisi esset cum depositione, & obsignatione saltem æquiualentèr per superiùs notata.

Casus quo generalis æquiualet speciali.

10 Respondeo quintò, oblatio ad consequendos præmemoratos effectus debet fieri congruo loco, & tempore *Baldus in l. acceptam num. 1. C. de vsuris*. Ratio deducitur ex superius dictis, quia scilicet oblatio, quæ secum affert incommoda creditori, potest iustè repelli per textum *in l. si soluturus, ff. de solut.*, huiusmodi autem oblatio facta tempore, & loco non congruo affert incommoda, adeoque &c., locus autem, vt dicatur congruus, debet eligi à Iudice ad petitionem offerentis, in quo creditori facilis sit prosecutio; tempus verò, vt sic tale, non debet esse de nocte, quia ratione noctis posset creditor periculum incurrere, *l. more Roman. ff. de ferijs*, *Baldus in dict. l. acceptam num. 23. C. de vsuris*, *& in l. fin. ff. de condit. inser.*, quod limitat Salicetus, nisi illa non esset vltimus terminus ad solutionem; hocque dicit *in l. non minorem, C. de transact.*, quia totum tempus est debitoris *l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig.*

Debet fieri congruo loco & tempore.

Locus, vt sit congruus debet eligi à Iudice

Nõ debet esse de nocte.

11 Hic pro complemento oritur difficultas, an ex necessitate oblatio debeat fieri præsenti, an verò sufficientèr possit fieri etiam absenti. Quidquid afferat *Ognate tract. 20. de hypotheca disp. 58. sect. 17. num. 172.*, volens posse fieri absenti, & ignoranti, sentio absolutè talem oblationem debere fieri præsenti *Negusantius de pign. dict. part. secunda membr. tertij part. quintæ princip. num. 17.*, quandò autem est absens, & non potest commodè personalitèr conueniri, requiritur citatio, vel proclama, vt compareat ad recipiendam solutionem, vel videndum fieri depositum, *Bartolus in l. si reus paratus, ff. de procurat., & ibi etiam Alexand.* oblatio etenim debet fieri ei, qui potest recipere solutionem, *Baldus in dict. l. acceptam in tertia quæst. C. de vsuris*, *Bartolus in l. de pupillo, §. si quis ipsis quæst. 15. ff. de nou. oper. nunt.*

Oblatio debet fieri præsenti.

Quomodo faciẽda sit, si sit absens

Alia hinc etiam suboritur difficultas, an debitor, si velit offerre, teneatur adire domum creditoris ad faciendam oblationem, an verò possit facere in domo sua, & vlteriùs, an debitor teneatur deferre debitum ad domum creditoris, an verò creditor teneatur adire domum debitoris, vt recipiat. Quoad primam sentio, standum esse conuentis, vbi autem nil fuerit conuentum, si facienda est oblatio ad effectum liberandi pignus, probabilius existimo, debitorem debere adire domum creditoris, ibique offerre, quod, si renuat, debere ipso citato deponere, & obsignare modo, quo suprà per textum *in l. fin. de condit. infer.*, *& in l. tales, §. Priscus, ff. de condit., & demonst.*, neque obstat textus *in l. mæuia, §. fin. ff. de ann. leg.*, vbi dicitur, quod sufficit, si debitor sit paratus in domo sua offerre, & sic creditor habeat ad eum ire; Non, obstat, inquam, quia ex illo textu nil penitus euincitur, cum ibi non sit sermo de onere debitoris soluendi, sed offerendi in vno potius, quam in altero loco. Quoad secundam sentio, vbi nihil dictum fuerit, quæstionem dirimendam esse iuxtà qualitates personarum debitoris, & creditoris, & locorum; si enim creditor fuerit persona nobilis, & debitor vilis, vel è contra creditor vilis, & debitor nobilis, tunc sentiendum est per sonam vilem, siue fuerit creditor, siue debitor debere adire domum nobilis, vel ad recipiendum, si fuerit creditor, vel ad soluendum, si fuerit debitor; hoc etenim videntur exigere qualitates personarum, & conditio, intellige, si in reliquis fuerint pares. In ordine verò ad loca sentio, quod, si tam debitor, quam creditor fuerint eiusdem fori, & eiusdem conditionis, tunc debitor debeat portare, & offerre ad domum creditoris, si verò fuerint diuersi fori, & eiusdem conditionis, quinimmò etiam diuersæ, tunc creditor debeat adire domum debitoris per textum *in l. item illa in verb. paritèr non venit, ff. de constit. pat.*, & ad hoc etiam facit, quod habetur *in l. mediteraneæ C. de annon., & tribut. lib. 10.*, vbi dicitur, quod nulla ciuitas debens tributa teneatur ea deferre ad extranea loca.

Oblatio cõgruentius debet fieri in domo creditoris

Ex qualitate personarum arguendum est, an oblator debeat deferre, an creditor recipere.

---

§. X.

Quinam effectus oriantur ex oblationibus huiusmodi.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Quot modis fiat oblatio. 2.
Per oblationem verbalem rei immobilis in iuditio consequitur offerens liberationem pignoris, & successionem. 3.
Item ius retractandi venditionem pignoris per creditorem postea factam. 4.
Item successionem, quando debitum est incertum. 5.
Offerens per oblationem realem acquirit actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad repetendum pignus. 6.
Per oblationem realem purgas moram debitoris. 7.

Per

Per oblationem realem iudicialem, vltrà præcitatos effectus consequitur offerens debitori actionem pignoratitiam directam aduersus creditorem ad repetendum pignus. 8.

Oblatio iudicialis parit etiam pignoratitiam actionem aduersus creditorem, quantumuis inter eundem, & debitorem fuerit conuentum, quod debitore non soluente conuento tempore creditor posset pignus diuendere. 9.

Duplex limitatio. 10.

1 Status controuersiæ. DIsquisitio X. Debitor erat Caius, vel fortasse posterior credi or hypothecario respectu Octauij. Ad redimendam rem propriam, quam pignori supposuerat in fauorem eiusdem Octauij, vel fortè etiam ad constituendum se ipsum in locum eiusdem Octauij prioris creditoris hypothecarij oblationem eidem fecit sui crediti. Quæritur iam hic, quosnam effectus pariat huiusmodi oblatio in fauorem eiusdem Caij.

2 Multiplex modus oblationis. Pro quo aduerte, huiusmodi oblationem, multipliciter posse contingere, vel enim fit solummodò verbalitèr, quatenus idem Caius non habens pecuniam, vel rem, quam intendit offerre, offert verbo tantum, se paratum esse soluere, vel fit realitèr, quatenus de facto in re offert pecuniam, vel debitum, vel extraiudicialitèr, vel in iudicio, vel cum depositione, & obsignatione, vel sine illis. Iuxtà has diuersas oblationes præsens titulus discutietur.

Plures cõsequuntur effectus per realem, quàm per verbalem oblationẽ. Respondeo primò, si Caius obtulerit solummodò verbalitèr, plures consequitur effectus, non tamen omnes, quos consecutus fuisset, si realitèr obtulisset. Expendo breuitèr singulos effectus, quos consequitur, & singulos, quos non consequitur discriminatim. Consequitur igitur primò per oblationem verbalem liberationem pignoris, & successionem in locum prioris creditoris, quando offert rem immobilem per superius notata *in l. 2. post princip., C. quando, & quis quart. pars deb., & ibi Bartol.*

3 Per oblationem verbalem rei immobilis in iudicio consequitur offerens successionem *lib. 10., & in auth. dos data, C. de donat. ante nupt.* Intellige tamen, quando offerens rem immobilem paratam habet solutioni, illamque præcipuè offert in iudicio; nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem, quando res immobilis offerenda est, non potest offerri, nisi in loco, vbi est, nec iura possunt compellere ad id, quod non potest *l. prætor in princip. §. fin. ff. de edendo*. Consequitur secundò ius retractandi venditionem pignoris, si postea facta

4 fuerit per creditorem *l. si fundus, qui Lucij ff. de rescind. vendit., Bartolus in l. creditor, ff. de distract. pign., Bartol. in l. acceptam in prima quæst. C. de vsuris, & in l. prætor, §. si*

5 *quis paratus, ff. de nou. op. nunt.* Consequitur tertiò ius successionis, quando debitum, pro quo fit oblatio, non est liquidum, sed intricatum, nam tunc sufficit oblatio verbalis de incerto, sed certum debet realitèr offerri, licet pro incerto sit præstanda fideiussio, quando ipse oblator esset inops, & suspectus *Angel., & Immola in l. si mora, ff. solut. matrim. per textum in l. seruus hæredi, §. fin. ff. de stat. lib., Bartolus in l. creditor, ff. de distract. pignor.*, qui asserit, quod, quando debitum nõ est liquidum, sufficiat, quod debitor interpellet creditorem coram Iudice, vt deputetur vnus mercator ad calculandum rationes, & quod alia oblatio non sit necessaria, & hoc potissimum valet in ordine, ne debitor constituatur in mora *Glosa in l. obligatione, C. de solut., Alexander cons. 24. inspecto processu ad fin. vol. 4.* Dixi, *ne debitor constituatur in mora*, nam in ordine ad acquirendam actionem, hoc non admitterem, quandoquidem hæc non oritur, nisi ex implemento alicuius oneris, vel conditionis per textum *in l. iuris gentium in princip. ff. de pactis*. Alios effectus te ipse vide apud *Negusantium de pignor. secunda part. memb. tertij partis quintæ princip. num. 6., & seq.*

Respondeo secundò. Caius per oblationem realem acquirit actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad repetendum pignus vltra alios effectus præmemoratos per textum *in l. si rem alienam, §. fin. ff. de pig. act.*, ex eo enim, quod per talem oblationem constituatur in locum creditoris, tribuit ius ad pignus ab eodem consequendum, & si ille, qui sic obtulit, fuerit debitor, non est dubium ex præactis, quin, sicuti per solutionem debiti pignoratitia actione potest illud repetere, ita non possit repetere per eandem actionem per realem oblationem, quæ æquiualet solutioni. 6

Vlteriùs ad hanc oblationem realem hic alius effectus consequitur, quod purgat moram debitoris per textum *in l. si seruum stichum, §. sequitur, ff. de verb. obligat.*, vndè eadem posita deueniri non poterit ad pignoris venditionem per textum *in l. 1. cum soluendæ, ff. de distract. pign.*, hocque verificatur non solum, quando debitor offert, sed etiam, quando secundus creditor offert primo, quia similitèr impeditur venditio pignoris *Baldus in l. fin. C. si antiqu. credit.* 7 Oblatio realis purgat moram debitoris, & constituit creditorem in mora.

Hæc procedunt, quando mora esset causata ex parte debitoris præcisè, secus, quando esset causata per litis contestationem, quia tunc necessarium esset offerre in iudicio, & ea ratio esse potest, quia sicut mora fuit iudicialitèr commissa, ità debet iudicialitèr purgari *arg. nihil tàm naturale, ff. de reg. iur.* Non solum autem hæc oblatio purgat moram debitoris, sed etiam constituit ipsum creditorem, si non recipiat, vel renuat recipere in mora *l. per emptorem, ff. de act. empt. l. celsus, §. fin. ff. de arbitr.*, ex Mora iudicialitèr commissa debet iudicialitèr purgari.

Debitor per oblationem realem eximitur ab obligatione leuissimæ culpæ.

quo sequitur, quod, si debitor ex vi primi contractus tenebatur de casu fortuito, & etiam de leuissima culpa, post talem obligationem eximatur à tali obligatione, & teneatur solummodò de dolo, & lata culpa *Bartolus in l. qui decem in princip. ff. de solut., & in l. acceptam q. 2. C. de vsuris.*

Hæc, & similia procedunt potissimum de oblatione reali, & extraiudiciali, quæ regulariter fieri debet per depositionem, & obsignationem iuxtà superiùs notata, & probata exceptis casibus, de quibus suprà, nunc de oblatione iudiciali, seu in iudicio.

8 Actio pignoratitia directa oritur ratione oblationis iudicialis.

Respondeo tertiò, Caius per oblationem iudicialem consequitur omnes illos effectus, qui producuntur per oblationem extraiudicialem, & vlteriùs, quod per eam oriatur actio pignoratitia directa debitori aduersus creditorem ad repetendum pignus. Ita in vniuersum, *Negusantius de pignor. tertia part. membr. tertij part. quintæ princip. nu. 3., & 4.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia oblatio iudicialis est maioris auctoritatis, & efficaciæ, quam oblatio extraiudicialis propter auctoritatem iudicij *l. sed, & alia, ff. de constit. pecun., Baldus in dict. l. acceptam num. 26. C. de vsuris.* Ratio secundæ partis deducitur ex textu *in l. si rem alienam, §. fin. ff. de pignor. act.*, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem illa oblatio iudicialis nemine disceptante æquiualet veræ, & reali solutioni, per quam, sicuti oritur pignoratitia ad repetitionem pignoris, ita non est, cur non oriatur per illam iudicialem oblationem; Neque dicas, quod stante hac ratione oriretur etiam pignoratitia aduersus creditorem per oblationem etiam extra iudicium, quandoquidem etiam ipsa, si fit cum depositione, & obsignatione, æquiualet solutioni per superiùs dicta, quod tamen afferendum non est obstante textu *in l. sed, & alia, ff. de constit. pecun.*; Contra enim impugnaberis, quia, quamuis extraiudicialis oblatio, quæ fit cum depositione, & obsignatione æquiualeat solutioni veræ, & reali, non tamen oblatio, quæ fit sine tali depositione, & obsignatione; oblatio autem iudicialis, etiam si fit sine depositione, & obsignatione, sicuti propter auctoritatem iudicij æquiualet solutioni, ità inducit pignoratitiam actionem ad repetendum pignus aduersus creditorem, & in hoc sensu procedit potissimum responsio.

Oblatio iudicialis equiualet veræ, & reali solutioni.

Extraiudicialis non equiualet veræ, & reali solutioni sine depositione, & obsignatione.

9 Oblatio iudicialis impedit venditionem pignoris.

Adeò vera sunt ea, quæ hic dicuntur, vt procedant etiam in hypothesi, qua esset inter creditorem, & debitorem conuentum, quod, si debitor conuento tempore non soluerit, posset creditor ad venditionem pignoris deuenire, quia adhuc per oblationem iudicialem oriretur actio pignoratitia, ratione cuius posset debitor agere ad repetitionem pignoris, & per consequens illius venditionem impedire per textum *in l. 3., & ibi Baldus, C. de pignor. act., Bartolus in l. si debitor, ff. de solut.* Hæc tamen intellige cum duplici limitatione, & primò, vt hæc oblatio iudicialis effectum non consequatur, quando elapso præfinito tempore ad redimendum pignus, hoc ex conuentione primò inita esset iam diuenditum per textum *in l. si prius, C. de distract. pign.*, tunc etenim legitimè translatum est, & perfectum ius ab emptore acquisitum. Secundò, vt hæc oblatio iudicialis vim quidem habeat ad liberandum pignus ab onere pignoris, & ad actionem pignoratitiã ad ipsum repetendum à creditore, non tamen quoad totalem liberationem debitoris, in ordine ad quam iudicialis oblatio non æquiualet dispositioni, & obsignationi, prout rectè aduertit *Negusantius de pignor. tertiæ part. membr. tertij part. quintæ princip. nu. 5.*, hocque per ipsum deducitur *ex l. acceptam, C. de vsuris, & per l. obsignatione, C. de solut.*, vbi ad liberandum absolutè debitorem videtur requiri vltra iudicialem oblationem, & depositio, & obsignatio.

Limitatur dupliciter assertum, & quomodò.

Posita autem oblatione iudiciali cum depositione, & obligatione, si hæc facta fuerit per creditorem posteriorem consequitur alius effectus, vt ipse creditor posterior succedat in ius primi creditoris per textum *in l. 1. C. qui pot. in pign. hab.*, sed de ijs iam sufficientèr dictum est suprà.

---

§. XI.

An Patrui ex parte Patris possint luere res patrimoniales ab eodem Patre relictas datas per Nepotes in dotem sorori ex vi statuti.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & statutum Mediolanense. 1.

Rationes dubitandi circa propositam controuersiam. 2.

Ex eo pracisè, quod sint tradita titulo dationis in dotem non tollitur, quin Patrui possint per æstimationem bona illa ex vi statuti retrahere. 3.

Non demitur agnatis ascendentis ius retrahendi bona immobilia ex eo, quod data sint per Fratres in dotem. 4.

Fæmina nupta est finis propriæ familiæ, & principium alterius. 5.

Obiectum desumptum à priuilegio dotis, illudque solutum. 6.

Dis-

1 Exponitur controuersia, & Statutū Mediolanense.

Disquisitio XI. Mortuus est Caius relictis duobus filijs masculis, nempè Theodorico, & Meuio, & vna filia, nempè Flautilla cum onere congruam dotem eidem Flautillæ erogandi. Iuncta est matrimonio eadem Flautilla Octauio, cui ijdem Theodoricus, & Meuius fratres in dotem dederunt quædam bona immobilia, quæ erant in bonis hæreditatis paternæ. Extat in hoc Mediolanensi Ducatu ius quoddam municipale *statut. 417. tit. de re paterna luenda*, vbi statuitur, quod, si quis rem aliquam immobilem paternam, vel dominium directum paternum, vel rei paternæ vendiderit, possit agnatus masculus, cuius ascendentis res ipsa fuit, infrà annum, & diem pro æquali pretio, eam rem luere. Hoc stante patrui eorundem Thodorici, & Meuij ex parte patris, cum illa bona immobilia fuerint in dotem tradita æstimata, contendebant æstimationem eorundem bonorum erogare Flautillæ, seu eius marito conferre, vt illa bona redimerent. Quæritur iam hic, an statutum eisdem Patruis in hac hypothesi sit proficuum, an verò eosdem non afficiat.

2 Statutum videtur loqui precisè in terminis venditionis.

Ratio dubitandi ex multiplici capite potest oriri; & primò ex eo, quod, cum statutum loquatur simplicitèr in terminis venditionis, non videtur posse extendi ad terminos dationis in dotem, & cuiuscunque alterius alienationis, quæ non fit per venditionem; agitur enim hic in materia stricta, cum agatur de materia statutaria, quæ semper restrictam recipit interpretationem, *Fabian. de Mont. tract. de empt., & vendit. secunda part. princip. num. 1., & seqq.*, vbi *num. 7. limit. 2.*, asserit non habere locum in statutis, quod nomine venditionis veniat quicunq; contractus, ex quo sequatur alienatio *Felin. in c. fin num. 5. de accus., Afflictus in constit. non equi rub. 1. de iure leg. num. 6. lib. 3., Tiraquel. in suo tract. de retract. lign. g. § 1. glos. 2. num 2., & tertiò*. Secundò ex aduerso ex eo, quod, cum bona illa paterna tradita sint pro dote in ordine ad matrimonium, videntur tradita pro sorore in ordine ad constituendam lineam agnationis diuersæ, licet enim ipsa sit de agnatione fratrum suorum, est tamen principium alterius lineæ, & agnationis; in quo casu non videtur fœmina pro sua dote includenda in linea agnationis cum suis fratribus ad effectum excludendi ius congrui in ordine ad agnatos ascendentes in eadem linea fratrum suorum; finis enim illius iuris statutarij est, vt conseruentur bona in illa agnatione, quod certè esse non potest, dum illa bona transferuntur pro dote sorori, quæ per cōsequens traducuntur in aliam agnationem, vt per se patet, cum soror coniugata sit principium alterius agnationis quod etiam confirmari potest ex eo, quod finis statuti videtur intendere, vt bona immobilia paterna seruentur, quantum fieri potest, in agnatione, quod certe saluari non posset, si patrui non possent luere res immobiles paternas datas per fratres in dotem sorori nuptæ alteri ex diuersa agnatione. Quid igitur concludendum?

Statuta, non recipiunt, nisi strictam interpretationem

Rationes euincentes, nec posse transferri titulo dotis, & subesse luitioni.

3 Possunt retrahi, quamuis sint tradita titulo dotis.

Respondeo primò, ex eo præcisè, quod bona illa paterna non sint tradita titulo venditionis, sed dationis in dotem, non tollitur, quin patrui possint per æstimationem bona illa ex vi statuti retrahere *Orianus de interpret. statut. n. 36. ad fin., Alciatus cons. 74 per totum, Igneus in l. dudum nu. 99., C. de contrah. empt., Bursatus cons. 149. n. 11., & cons. 81 num. 29. vol. 2.* Ratio ex eo deducitur, quod nomine venditionis venit omnis contractus, per quem dominium transfertur, vt latè probat *Carpanus in statut. Mediol. stat. 417. versic. vendiderit*, vbi, quamuis plures inducat limitationes, statutum tamen generalitèr intelligit procedere de quacunque alienatione, nec ex eo, quod dispositio sit in materia statutaria, quæ regularitèr recipit strictam interpretationem, eam restringit, quandoquidem inspicit finem, ob quem inducta est talis dispositio, qui fuit, vt res seruentur, seu seruari possint in agnatione; æquè autem extrà illam bona immobilia extraherentur, siue transferrentur per venditionem, siue per alium contractum, per quem dominium transfertur; nec vlteriùs in hoc immorandum, quandoquidem statutum ipsum per verba expressa hanc ampliationem inducit dum subdit. *Si verò alio modo alienauerit inter viuos rem, vel directum vt suprà, vel etiam in executione alicuius vltimæ voluntatis, possit agnatus prædictus in quolibet casuum prædictorum infrà terminos prædictos singula singulis congruè referendo ipsam, vel ipsum luere pro eo pretio &c.*, vbi etiam expresè nota ampliationem in illo verb. *alienauerit*, quod magis generale est, quam vendere *l. fin. C. de reb. alien. non alien.*, & appellatione alienationis in omni materia etiam stricta, & odiosa comprehenditur quicunque contractus, ex quo sequatur translatio dominij *Abbas in c. nulli glos. penult. n. 13. de reb. Eccl. non alien.*

Nomine venditionis venit quicumq; cōtractus, per quem dominiū trāsfertur

Ex fine, quem respicit, potest dispositio statutaria extendi.

4 Possunt agnati ascendentis retrahere, quāuis illa bona sint data in dotem.

Respondeo secundò, nec demitur agnatis ascendentis ius retrahendi bona immobilia paterna ex eo, quod data sint per fratres in dotem sorori nuptæ alteri extra agnationem; Non incongruis iuribus, & rationibus trahor ad hanc responsionem, & quidem primo argumento deducto ex verbis eiusdem statuti 417 *verb. masculus*, vbi in hac hypothesi ius retrahendi soli masculo ascendentis concedit Ibi *eius agnatus masculus*, ergo per ipsum censetur fœmina exclusa; cum etenim hoc statutum

Ex eo, quod statutũ loquatur de masculo censetur fæmina exclusa.

sit odiorum, & contra ius commune censetur disponere, quod agnata fæmina non admittatur, & sic in ordine ad ipsam reducit ad ius commune *Borgninus tract. de tut. n.83. cum seqq., Baldus conf.443. n.2. vol.2., Plott. conf.19. num.11., Deci. in l. famin. n.95., ff. de reg. iur., & in rubr. C. vndè legitimi n.2., Brunus tract. stat. famin. exclud. art. 129., Aret. §. fin. num. 6. vers. item circa instit. de success. cogn.*, ergo, nec eadem fæmina agnata, cui in dotem tradita fuerunt bona paterna, impedire poterit, quin agnati ascendentis possint ab ea retrahere eadem bona paterna. Consequentia patet, quia dispositio iuris, quæ non concedit fæminæ agnatæ ius retrahendi, quando res est in alium translata, nec videtur concedere eidem ius retinendi aduersus agnatos, quando eadem bona paterna fuerunt in ipsam ratione dotis transfusa offerentibus eisdem agnatis æstimationem, cum eadem in vtroque casu videatur ratio militare, & ius videatur præcisè respicere familiæ splendorem, cui æquè officeret fæmina, siue retrahendo, siue retinendo.

Statutũ, quod non concedit ius retrahendi, nec concedit ius retinendi

Militat causa finalis statuti etiã, quandò titulo dotis bona transferuntur in fęminam

Secundò, quia causa finalis, ob quam agnati ascendentis possunt retrahere, quãdo bona paterna fuerunt in extraneum alienata, militat etiam, quando fuerunt in dotem tradita per fratres sorori nuptæ extra familiam, ergo ipsi agnati poterunt retrahere etiam, quando bona paterna fuerunt in agnatam translata ob dotem. Antecedens probatur, quia causa finalis talis statuti ea est, ne res exeat à familia, vel genere, & qui de familia sunt, semper ius habent, quotiescunque res ex illa exierit, retrahendi per ea, quæ habet *Tiraquel. de retract. lign. §. 1. glos. 9. num. 195.*, sed hæc ratio æquè militat, quando in dotem bona paterna tradita sunt agnatæ, quandoquidem per illam traditionem eadem bona transeunt extrà familiam, siquidem eadem nupta, quantum est de se, est finis propriæ familiæ, & principium alterius *l. pronuntiatio, §. vlt., & l. familiæ, § fæminarum, ff. de verb. significat.*, & si quantum ad hunc effectum non sunt amplius de eadem familia, neque sunt de eadem agnatione *Paulus de Castro in l. pacto, ff. de leg. 2., Glos. in l. fin. ff. de cap. dimin.*, vnde statuta repellentia fæminas à successionibus, ideò inducta sunt, vt bona maneant in familia, & agnatione *argum. l. pen. ff. de ven. insp., Cynus in l. 1. C. de adult., Ioannes Andræas in addit. Specul. in rubr. de success. ab intest. vers. est sentiendum*, nec incongrua sanè ratione *Alexander conf. 45. col. vltim. vers. quarto probatur lib. 7.*, asserit, quod, quando statuta respiciunt fauorem familiæ, & agnationis, masculinum non respiciat fæmininum, cum non sit eadem vtriusq; ratio *Socin. consult. 90. abundè, & subtilitèr in fin. lib. 1.*

5 Femina est finis propriç familię, & principiũ alterius.

Statuta respicientia fauorem familię nomine masculini nõ respiciunt fęmininũ.

Phylip. Decius conf. 453. consultum fuit col. 2. vers. postremò ad idem, & conf. 495. viso eleganti col. 3. vers., & ratio. Neque obesse potest, si asseratur primò, quod fæminæ sint de domo, familia, & agnatione per textum *in l. voluntas, C. de fideicomm.*, & quod etiam in materia statutorum appellatione coniunctorum, propinquorum, & consanguineorum comprehendantur etiam fæminæ, prout de coniunctis habent, *Alexander consult. 115. circà dubitationem col. vlt. vers. tertio potest responderi lib. 2., Phylip. Deci. conf. 223. in casu proposito col. 1. n.2., & conf. 269. consult. col. 2., Ludou. Foz ad. conf. 20. prima facie nu.* 8 de propinquis *Baldus conf. 334. in quæst., quæ vertitur in Ciuitate Pergesti col. 2. lib. 3.*, de consanguineis *Corne. conf. 222. quanquam in hac consultatione ferè per totum lib. 3., Baldus conf. 201. in prouincia col. vltim. vers. quoad articulum lib. 1.*; Non, inquam, obesse potest, quia, quamuis fæminæ sint de domo, familia, & agnatione, tamen transeunt in alienas familias, & sic militat ratio finalis statuti, ne res alienata exeat dicta familia, & agnatione, à qua certè exiret, cum fæmina generis sui finis sit, & familiæ *l. 1. §. vlt. ff. de iure immun. Baldus in cap. si pater, & post eum Phylipp. Franc. col. antepen. vers. 13. de testam. lib. 6.* Ea, quæ subduntur, locum non habent in præsenti hypothesi, in qua fit specialis, & expressa mentio agnatorum masculorum, & militat diuersa ratio finalis pro masculis, ac pro fæminis, vt supra.

Femina generis sui est finis.

Tertiò, quia, si bona paterna immobilia in dotem tradita sorori non possent per agnatos masculos retrahi, non benè per hoc statutum municipale esset prouisum fini, quem respexit idem statutum, ne scilicet bona transeant extra consanguinitatem, & familiam per ea, quæ supra dicta sunt, & notat *Alberic. lib. 1. statutorum qu. 87., Iason in l. 1. §. vsusfructuarius n.6. ff. de oper. nou. nunciat., Alciatus conf. 813. in princip., Paris. conf. 83. num. 43. vol. 3.*, & vt consulatur affectioni, quam regularitèr habent agnati ad bona ascendentium, vel maiorum *Igneus in l. dudum num. 14. C. de contrab. empt.*, quod non est præsumendum de sagacitate statuentium. Quod autem non esset sufficientèr prouisum ex eo patet, quia facilè per dationem rerum paternarum in dotem eadem bona transirent extrà consanguinitatem, & familiam.

Non benè consultũ esset fini statuti, si bona non possint retrahi à fęminis.

Aduersus hucusque dicta in fauorem agnatorum masculorum aduersus agnatas nuptas extraneo hæc ratio efficax militare videtur, quod ratio causæ dotalis est maximè priuilegiata; vndè etiam diximus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphyth., & Censib. Disqu. 1. §. IV. num. 1.*, quod quantumuis res emphytheuticæ quoad dominium vtile non possint contractu oneroso in alium

6 Obiecta proposita contra assertum, eademq; soluta.

alium transferri sine consensu Domini directi, possint tamen sine consensu eiusdem donari, & in dotem dari, quod in pluribus alijs simil.bus potest euinci. Sed huic rationi facile potest occurri, si asseratur, quod, cum præcedenter ad talem dationem in dotem bona illa paterna sint affecta illo onere retractus in fauorem Agnatorum, non transeant absolutè in fæminam dotatam, nec sint absolutè dotalia, sed tantum conditionatè, si scilicet Agnati pro tempore à statuto præscripto ad retrahendum, non retrahant; vndè posita æstimatione per agnatos cessant esse dotalia; nec valet id, quod affertur de re emphytheutica data in dotem, quandoquidem, si vera sunt, quæ dicuntur, ea procedunt in suppositione, quod emphytheuta aliud non habeat, quo possit dotare, vndè, ne filia maneat indotata, fauor dotis præualet iuri domini directi, vt cognoscatur; in nostra autem hypothesi soror indotata nō potest remanere, quandoquidem, si bona data in dotem retrahantur per agnatos, debet æstimatio eorundem per eosdem agnatos retribui.

Illa bona, non transeunt absolutè in feminam, sed tantū conditionatè.

Nec possit femina indotata manere.

---

§. XII.

An bona patris intelligantur tacitè hypothecata filijs pro sua legitima.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series. 1.
Exponuntur rationes Pauli de Montepico. 2.
In ordine ad legitimam, quæ per expressam testatoris mentem non est constituta non habet filius tacitam hypothecam in bonis paternis. 3.
Competit tamen eisdem filijs pro legitima condictio ex lege. 4.
Argumentum deductum à paritate legatariorum non valet, quia illi habent expressam voluntatem testatoris. 5.
Si testator expressè disposuerit de legitima, sed insufficiente quoad quantitatem debitam, an filius habeat hypothecam non solum quoad dispositum expressè, sed etiam, quod supplementum duplex sententia. 6.
Vtraque expenditur, & præfertur affirmatiua. 7.

1 Exponitur status difficultatis.

DIsquisitio XII. Titius instituto suo hærede Caio altero ex proprijs filijs, Demetrio alteri filio solum reliquit legitimam. Demetrius agebat hypothecariam aduersus bona hæreditatis per eundem Titium relicta non solum pro eadem legitima, sibi iure naturæ debita, sed etiam pro supplemento eiusdem afferens, quod expresse relictum per testatorem non adæquet legitimam. Hic oritur ratio dubitandi, an verè, tam pro eadem legitima quoad substantiam, quam quoad supplementum eiusdem competat tacita hypotheca eidem Demetrio.

Multis conatur euincere *Paulus de Montepico in l. quartam num. 49. ff. ad leg. falcid.*, quod hęc hypotheca tacita competat filijs pro legitima, & pro supplemento eiusdem, & primò, quia huiusmodi hypotheca competit legatarijs pro legatis per testatorem relictis, vt probat *Raphael. Fulgosius conf. 84. num. 2 vers. illud postremo*, per textum *in l. 1. C. com. de leg., & in §. nostra constitutio instit. de leg.*, & nos suprà latè commendauimus, ergo à fortiori debet competere filijs pro legitima, ne deterioris constituatur conditionis filius pro legitima, ac legatarius pro legato. Secundò, in ordine ad supplementum, quia hoc præsumitur ex tacita voluntate testatoris, quasi, quod minus fuerit scriptum, quem ipse dixerit *argum. l. cum auus, ff. de condit., & demonst.*, & , sicuti, si legitimæ testator aliud onus imposuisset, hoc haberetur, ac, si non esset impositum per textum *in l. in prioribus C. de inoffic. testam.*, ità, si legitima esset constituta in minori quantitate, ac exigeretur ex dispositione iuris, habenda esset pro constituta in sua proportionatā quantitate etiam ex mente præsumpta eiusdem testatoris, ac perindè, ac, si esset constituta ex testamento, actioni autem ex testamento conceditur ius tacitæ hypothecæ. Plura alia argumenta ad probandam tacitam hypothecam inesse legitimæ pro filijs refert, & refellit *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11 tit. 13 quasi per totum*, quem omninò vide. His tamen non obstantibus.

2 Argumētum primum deductum à legatarijs

Secundū deductū ex pręsumpta voluntate testatoris.

Respondeo, in ordine ad legitimam, quæ per expressam testatoris mentem non est constituta, non habet filius tacitam hypothecam in bonis paternis, sed tantum condictionem ex lege contra hæredes institutos. *Alexander in l. in quartam nu. 15., & 16. ff. ad leg. falcid. col. 7. vers. prædicta confirmo, & conf. 78., Clarissimè Doctor in vlt. col. vers. non obstat id vol 3., Negusantius de pign. membr. quarto secundæ partis nu. 164. vers. vigesimus quartus casus, Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 13. nu. 27., Marianus Socin. Sen. conf. 75. num. 13., & seq. lib. 1., Cornelius conf. 282. num. 15., & sequ. lib. 1., Alciatus in l. 1. ad fin. ff. de leg 1., Bartolus in l. moschis, ff. de iure fisci, Decius conf. 235. in casu mag. in vltim. col. vbi etiam respondet obiectis aduersantium.*

3 Nō inest tacita hypotheca in bonis paternis pro legitima.

Ad hanc responsionem roborandam hac ratione vtitur *Alexander in d. l. in quartam, ff. ad leg. falcid.*, quod nullibi reperitur in iure dispositum, quod competat filijs hypo-

po-

offerente praeferendus est fideiussor creditoribus posterioribus. 5.

Concurrente Domino rei, quantumuis rem illam non possideat cum caeteris creditoribus, vel possessoribus ipse praeferendus est. 6.

Habens quotam liberam ex vi statuti Mediolani praeferendus est creditoribus, & possessoribus. 7.

1 DIsquisitio VIII. Contraxerat Caius debitum cum Theodorico, cui propria nonnulla bona in securitatem sui debiti primò hypothecae subiecerat, deindè eadem alijs pro alijs debitis obligauerat. Ex dictis in praecedentibus disquisitionibus ius offerendi competit secundo, alijsque creditoribus hypothecarijs praecipuè, item alijs, qui fuerint simplices possessores; item creditoribus mariti soluto matrimonio in ordine ad bona dotalia vxoris; item fideiussoribus debitoris; item Domino rei, quantumuis illam non possideat, nec fuerit creditor hypothecarius, item cuicumque extraneo, non tamen ad effectum, vt caeteris praeferatur; item habenti quotam liberam in illis rebus sic obligatis ex vi statuti Mediolanensis, pro vt supra dictum est, & alijs, prout ex supra commendatis. Concurrebant iam omnes isti ad offerendum Theodorico, vt in ipsius locum substituerentur; & quidem aequè primo. Hic orta fuit controuersia, quinam ex illis concurrentibus essent praeferendus.

Quinam sint, qui possunt offerre, & concurrere, vt praeferantur.

2 Respondeo primò, inter creditores offerentes ille praeferendus est, qui rem pignori subiectam possidet; quod, si nullus ex illis possideat, praeferendus est, qui habet priorem hypothecam, & creditum anteriùs; vndè, si prior possideat, & offerat debitum posteriori creditori, tunc ipse praecedit *Negusantius de pignor. 3. membr. quinta partis num. 17., Mantica de tacit., & ambig. conuention. lib. 11. tit. 28. num. 18.*, si verò posterior possideat, & velit priori offerre, tunc ipse praeferendus est, *Salicetus in l. cum notissimi, §. eodem iure n. 7. vers. quaero in casu nostro de praescript. 30. annorum, Negusant. loc. cit. nu. 18.* Ratio primae partis, quod scilicet creditores possidentes praeferendi sint non possidentibus nulla habita ratione anterioritatis, & posterioritatis crediti deducitur ex eo, quod semper melior sit conditio possidentis, & plus iuris habeat, qui possidet, quam qui non possidet *argum. l. qua ratione, §., sed non vt in litore, ff. de acq. rer. domin. l. 1. in fin. cum seqq. ff. vti possidetis.* Ratio secundae partis ea est, quia, cum in caeteris par sit eorum conditio, prior in tempore potior haberi debet ex vulgaris iuribus, & ità expressè docet *Negusantius, & Mantica locis citatis ille num. 19., iste etiam nu. 19.*, per textum *in l. 1. C. qui pot. in pign. hab., & l. 3. §. 1. ff. eod.*, ex qua regula deducunt praeallegati Doctores, quod, si posterior creditor, qui non possidet, obtulerit primo non possidenti, cum tertius quidam possideat, possit nihilominus primus offerre secundo creditori ad effectum obtinendi in hypothecam rem obligatam, quando vterque agit contra tertium possidentem *Negusantius loc. cit. num. 16.*, quia, quamuis primus creditor non cogatur offerre secundo, tamen volens potest offerre *l. prior, C. qui pot. in pign. hab.*, & offerendo praeferendus est alteri, quantumuis obtulerit per textum *in l. 3. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.*; Neque quoad hoc valent rationes, quae fuerunt adductae pro prima parte, quandoquidem secundus creditor per illam oblationem, & depositionem non fit possessor, & per consequens non potest dici, quod sit melior conditio eiusdem, nec magis officere potest, si asseratur, quod per oblationem factam per secundum creditorem, depositionem, & obsignationem fuerit extinctum ius prioris creditoris, adeoque, quod hic non possit amplius offerre eidem secundo creditori; non, inquam, magis officere potest, quia supponitur, quod aequè primò primus, & secundus creditor concurrant ad offerendum, & quod primus non receperit solutionem, quia voluerit secundo offerre, Deducunt vlterius, quod, si prior creditor fuerit etiam possessor rei hypothecatae, & secundus creditor obtulerit, deposuerit, & obsignauerit creditum eiusdem in fauorem eiusdem primi creditoris possidentis, possit nihilominus post praedicta primus creditor offerre secundo, per ea quae habet *Glosa in l. 1. C. qui pot. in pign. hab., Negusantius de pig. memb. 3. partis quinta n. 20.*, & hoc propter rationem possessionis, qua gaudet ipse primus creditor, &, sicut quilibet extraneus possessor potest offerre, non video, cur non possit offerre primus creditor, si fuerit possidens; & licet dicatur, quod per oblationem, depositionem, & obsignationem intelligatur sublatum creditum eiusdem primi creditoris, adeoque, quod videatur non amplius habere ius offerendi; tamen hoc non tollit vim nostri asserti, quandoquidem tunc non offerret, vt creditor, sed vt possidens, &, sicuti extraneus etiam possessor, quantumuis non fuerit creditor per superius notata, potest offerre, ita non video, cur ille, qui fuerat creditor, si adhuc possideat, non possit offerre *Glosa in dict. l. potior, §. fin. ff. qui pot. in pign. hab., & in l. 1. C. eod. tit.*, & ratione possessionis praeferendus non sit per ea, quae habet *Negusantius ex iuribus, & Doctoribus d. membr. 3. partis quinta num. 20. circa fin.*

Possidens pignus praeferri debet.

Melior in oblationibus est conditio possidentis.

Caeteris paribus prior praeferendus est

Per oblationem, & depositionem secundus creditor non fit possessor.

Potest aequè primo vterque offerre.

Non offerret, vt creditor, sed vt possessor.

5 Respondeo secundò, concurrentibus creditoribus, & possessore, etiam si non fuerit

cre-

creditor, hic in iure offerendi præferendus est *Negusantius de pign. loc. cit.*, *Mant ica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 28. n. 23.*, *Salicetus in l. cum notissimi*, *§. eodem iure de prascript. 30. ann.* Ratio ex superiùs assertis deducitur, quod respectus possessionis quoad ius offerendi præfertur hypothecæ, & creditis, & plus consideratur commodum possessionis, quam prærogatiua temporis, *Glosa in dict. l. potior, §. fin. ff. qui pot. in pig. hab.* Neque obesse potest textus *in l. si fundus, §. in vendicatione, ff. de pignor.*, vbi dicitur, quod possessor conuentus hypothecaria condemnari debeat ad restituendum, nisi soluat, vel restituat rem; ex quo videtur inferri, quod non habeat ius offerendi in concursu cum creditoribus hypothecarijs; Non, inquam, obesse potest, quia, cum in eodem textu dicatur, *nisi soluat*, non excluditur oblatio, cum enim oblatio æqui valeat solutioni, perindè habetur, ac si in eodem textu diceretur, *nisi soluat, vel offerat*.

Respectus possessionis quoad ius offerendi præfertur hypothecæ, & credito.

Oblatio æquiualet solutioni.

4 Respondeo tertiò, concurrentibus creditoribus mariti soluto matrimonio in ordine ad bona dotalia simul cum possessore eorundem, alijsque creditoribus anterioribus offerendo dotem eidem vxori possessor ipse præferendus est creditoribus, & inter creditores non possidentes ille, qui prior est. Consonat hæc responsio cum ijs, quæ superiùs dicta sunt; quandoquidem respectu eiusdem mariti, vel hæredum soluto matrimonio dos, quæ restituitur, non est amplius dos, cum non inseruiat ampliùs oneribus matrimonij, adeoque computatur inter alia credita simplicia, quamuis hypothecaria, ergo, sicuti in ordine ad alia credita, quamuis hypothecaria possessor in iure offerendi præferendus est cæteris creditoribus, & inter creditores ille, qui prior est, ità hoc idem seruata proportione dicendum erit in ordine ad dotem matrimonio soluto.

Computatur inter alia credita simplicia, & hypothecaria.

5 Respondeo quartò, concurrente fideiussore debitoris in fauorem primi creditoris adiecto cum eodem primo creditore, vel cum alijs creditoribus, vel etiam cum possessore rei hypothecatæ quoad ius offerendi præferendus est in primis possessor, ipsoque non offerente præferendus est cæteris creditoribus posterioribus fideiussor. Prima pars claré liquet ex præcedentibus, ius etenim possessionis magis attenditur, quam ius crediti, & hypothecæ, & cuicunque alteri rationi in iure offerendi. Secunda pars ex eo facilè deducitur, quia ex ipso onere fideiussionis, quam præstitit in fauorem creditoris anterioris, videtur etiam maius ius acquirere, & in oblatione quodamodo id præstat, quod præstaret ipse principalis debitor, cum ad hoc possit compelli, ergo ipse præferendus est cæteris omnibus posterioribus non habentibus possessionem, *Cinus secundum Dynum in l. 2. in fin. C. de fideiuss.*

In oblatione id præstat fideiussor, quod præstaret principalis debitor.

Respondeo quintò, concurrente Domino rei, quantumuis rem illam non possideat, vel non fuerit creditor hypothecarius cum cæteris creditoribus, vel possessoribus, prælatio in iure offerendi concedenda est eidem Domino habenti ius in re. Hoc videtur saltem implicitè sentire *Paulus de Castro in l. si res obligata, ff. de leg. 1.*, vbi asserit, quod quando quis habet ius in re, vt est legatarius, qui est Dominus rei, possit offerre creditori, quod ei debetur, & per viam agendi petere cessionem actionis; nec officere potest, quod ipse legatarius non possideat, quia, quando habet ius in re, vt est Dominus, & legatarius, vtique potest petere cessionem actionis, vt est textus *in d. l. si res obligata, ff. de leg. 2.*, quam in præsenti hypothesi allegant, & commendant *Bartolus, Paulus de Castro ibi, & alij Doctores communitèr*. Ad hanc responsionem corroborandam maximè facit, id, quod habent *Negusantius de pign. membr. 3. partis quintæ num. 38.*, *& Paulus de Castro d. l. si res obligata, ff. de leg. 2.*, quod scilicet legatarius post sententiam, & restitutionem rei, & sic, postquam desijt possidere, possit petere cessionem iurium, ergo etiamsi Dominus non possideat, & aduersus possessorem peterit offerre.

6 Dominus rei præferendus est creditoribus, & possessoribus.

Dominus rei non potest petere actionem cessionis.

Respondeo sextò. Habens quotam liberam in certo fundo, ædificio, seu domo, cui ex statuto Mediolanensi conceditur ius retractus, si concurrat cum alijs creditoribus, seu possessoribus ad acquirendum dominium directum, & Dominus directus velit alienare, præferendus est stante prædicto statuto. Ratio est, quia ex vna parte saluatur finis prædicti statuti; ex alia, cum agatur de dominio directo, nullum præiudicium infertur cæteris creditoribus, seu possessoribus, cum hypotheca, quæ primò fuerat indita, adhuc perseueret in fauorem eorundem creditorum. Sed de hoc alibi erit sermo vberiùs.

7 Habens quotam præfertur ex vi statuti Med.

§. IX.

Qualitèr fieri debeat oblatio.

SVMMARIVM.

Status difficultatis exponitur. 1.

Oblatio verbalis regularitèr non est sufficiens ad liberationem pignoris, & successionem. 2.

Sufficit oblatio verbalis, quando offertur res immobilis in iudicio. 3.

Sufficit omninò oblatio verbalis ad effectum retractandi venditionem pignoris factam per

per traditionem. 4.

Ad liberandum pignus à priori obligatione non sufficit oblatio conditionata sub conditione extrinseca, sed requiritur pura, vel sub conditione intrinseca. 5.

Oblatio ad talem effectum debet esse integra, non dimminuta. 6.

Limita in casu, quo vna pars debiti esset per debitorem confessata, altera negata. 7.

Item in casu, quo vna pars esset liquida, alia non. 8.

Oblatio debet esse specialis, nec sufficit generalis. 9.

Debet fieri congruo loco, & tempore. 10.

Oblatio illa debet fieri præsenti. 11.

Quo modo facienda sit, sit fit absens. 12.

Congruentiùs oblatio debet fieri in domo creditoris. 13.

An oblator debeat deferre, & creditor recipere. 14.

1 **Proponuntur difficultatis rationes circa titulum.**

DIsquisitio IX. Iuxtà terminos præcedentium disquisitionum Caius erat creditor anterior, & hypothecarius Antonij respectu aliorum pluriuṁ, qui etiam gaudebat iure hypothecæ aduersus bona eiusdem Antonij, sed ex causa, & titulo subsequenti. Ad eximenda illa bona ab onere anteriori, quo premebantur in fauorem Caij, Theodoricus creditor posterior obtulit eidem Caio suum creditum oblatione tamen verbali tantum, non reali, vel fortè etiam oblatione tantum sub conditione, non pura, vel dimminuta, non integra, vel generali, non speciali, vel absenti, non præsenti, vel fortè etiam in loco, & tempore non congruo. Quæritur iam, an huiusmodi oblationes sic factæ per Theodoricum validæ sint, & sufficientes, ad hoc vt illa pignora eximantur ab onere, quo premebantur in fauorem Caij, & vt Theodoricus constituatur in eiusdem locum.

2 **Non sufficit oblatio verbalis.**

Respondeo primò, regularitèr loquendo Theodoricus per oblationem verbalem non consequeretur effectum liberationis pignoris à Caio, nec in eiusdem locum constitueretur *Negusantius de pign. 2. part. membr. tertij partis 5. principalis nu. 1., Bartolus in l. prætor, §. si quis paratus, ff. de nou. oper. nunt., Baldus in tit. si de feud. fue. contr. inter dom., & Agnat. §. liber., Bartolus in l. acceptam in vers. venio ad qu. C. de vsuris, Alexander cons. 130. in causa stranalororum vol. 4. in 3. col. vers. non obstat, quod dicatur.* Colligitur præcipuè responsio ex textu *in l. qui decem verb. idem respondetur in fin ff. de solut.*, & vlteriùs ex eo euincitur, quod ad hoc, vt quis dicatur paratus satis dare, non sufficiat, quod hoc verbis exprimat, sed debeat in effectu ducere fideiussores idoneos per textum *in l. seruus, si hæred. in fin. ff. de stat. lib.*, hocque plenè probat *Bartolus in d. l. prætor, §. si quis paratus, ff. de nou. oper. nunt.*, ergo etiam ad hoc, vt quis dicatur offerre quantum ad effectum liberandi pignus, non satis erit, quod verbalitèr debitum offerat creditori, sed vlteriùs requiritur, quod offerat re. Ad hanc autem oblationem realem etiam non sufficit, quod oblator habeat pecuniam in marsupio, sed requiritur quod dicta pecunia extrahatur à marsupio, & coram testibus numeretur, & postea in eodem reposita deponatur apud personam idoneam, si creditor renuat recipere, vel eidem offeratur, si non renuat *Bartolus in l. cum seruus, ff. de condit., & demonstrat., Baldus in l. acceptam in 2. not. super verb. consignatam, C. de vsuris*, cæteroqui non constaret, quid offerretur per textum *in l. 1. §. sic ista, ff. de depositi, Angel. de Aret. §. fin. instit. quibus modis sol. oblig., Alexander in l. si mora col. 3. vers. iuxtà prædicta adde, ff. solut. matrim.* **Nō sufficit pecunia in marsupio sed debet extrahi, & numerari.**

Dixi, *regularitèr loquendo*, nam in nonnullis casibus videtur sufficere oblatio verbalis, & primo, quando offertur res immobilis per textum *in l. 2. post princip. C. quando & qu. quart. part. deb. lib. 10. auth. dos data, C. de donat. ante nupt.*, ad hoc tamen requiritur, quod offerens rem immobilem sistat se in iudicio, & dicat se paratum esse eam tradere in loco, in quo sita est *arg. l. prætor in princip., & fin. C. de eden.* secundo, quando fit oblatio ad effectum retractandi venditionem pignoris factam per creditorem, quia tunc sufficit, si sit verbalis *l. penult. ff. de rescind. vendit., Glosa in l. si residuum, §. de distract. pign.; Alexander in d. l. si mora in 2. fallent. ff. solut. matrim.* Alios casus affert, *Negusant. de pignor.*, in quibus sufficere videtur verbalis oblatio, quos vos ipsi videre potestis apud eundem *in dict. tract. de pignor. 2. part. quintæ partis princip. à nu. 4. vsque ad num. 9.*

3 **In oblatione rei immobilis sufficit verbalis.**

4 **Sufficit item ad retractādum pignus venditū per creditorē**

5 Respondeo secundò, ad effectum liberandi pignus à priori obligatione, & vt Theodoricus constituatur in locum Caij, non sufficit oblatio conditionata sub conditione extrinseca, sed requiritur pura, & ad summum conditionata conditione intrinseca *Negusantius de pign. part. 2. membr. 3. part. quintæ princip. à n. 10 vsque ad 13., Baldus in l. acceptam qu. 4., C. de vsuris.* Nomine autem conditionis intrinsecæ illam intelligo, quæ respicit ipsam effectuationem luitionis, seu liberationis, & contingit tunc, quando offerens debitum creditori offert, si sibi cedat ius suum in re hypothecata; nomine verò conditionis extrinsecæ illam intelligo, quæ non respicit ipsam substantiam luitionis, & liberationis, sed quid aliud per ipsam præscribendum sub conditione. Exemplum primæ esse potest, si offerens dicat. *Offero tibi creditum tuum, si mihi cesseris iura tua, quæ habes in re tibi hypo-*

Requiritur oblatio pura, nec sufficit conditionata extrinsecè.

Quid veniat nomine cōditionis intrinsecæ, & extrinsecæ.

hypothecata. Exemplum secundæ esse potest, si offerens dicat. *Offero tibi creditum tuum, si mihi tribuas aliam rem, quam non teneris retribuere*. Ratio primæ partis, quod scilicet non sufficiat oblatio sub conditione extrinseca, ex eo deducitur, quod actus purus est diuersus ab actu conditionali per textum *in l. 1. §. si quis simpliciter ff. de verb. obligat.*, intellige de actu conditionali conditione extrinseca, quandoquidem conditio intrinseca, vtpotè de substantia actus non diuersificat ipsum actum, vt patebit ex mox dicendis; qualitas autem diuersa facit censeri rem omninò diuersam *Angelus, & Immola in l. qui liberis in princip. ff. de vulg., & pup., Alexander in l. 1. §. si quis simpliciter, ff. de verb. oblig. col. 1.*, ex quo sequitur, quod, cum talis oblatio respiciat conditionem ab extrinseco prouenientem, seu respicientem effectum omninò extrinsecum, nihil ponat in esse, præcipuè cum talis conditionis purificatio dependeat à voluntate creditoris, qui per non implementum illius potest illam irritare, & quo vsque non est impleta; creditum, & hypotheca adhuc remanet in suo robore. Ratio autem secundæ partis, ea est, quia, cum conditio intrinseca insit de natura sua actui, non est, cur posito actu non debeat suum sortiri effectum.

Qualitas diuersa facit censeri rem omninò diuersam

Conditio intrinseca in est de natura sua actui.

6 Debet esse integra, non diminuta

Respondeo tertiò, oblatio Theodorici, quantum ad effectum liberandi pignus à priori obligatione, & constituendi eundem in locum prioris creditoris, debet esse integra, non dimminuta, *Salicetus in l. semel mora in prima col. concl. 9. negatiua, ff solut. matrim., Alexander cons. 88. visis col. penult. n. 18. vol. 6., Glosa in l. quidam æstimauerunt, ff. si cert. pet., Negusantius de pign. secunda part. tertij memb. part. quintæ princip. nu. 17., & sequ.* Expressè deducitur ex textu *in l. tutor, §. Lucius, ff. de vsuris, & in l. acceptam, C. eod. tit.; & in l. qui Romæ in princip. ff. de verb. obligat.* Tribus potissimum rationibus comprobat hanc responsionem *Iason in dict. l. quidam existimauerunt. num. 4. in fin. ff. si cert. petatur*. Prima est fundata *in l. plenè, ff. famil. ercis.*, in qua dicitur, quod partialis solutio non minima incommoda solet afferre, ergo illam creditor non tenetur recipere. Consequentia tenet deducta paritate à solutione oblata loco, & temporè non congruo, quia tunc propter incommoditatem creditor non tenetur illi acquiescere per textum *in l. si soluturus, ff. de solut.*, ergo, si solutio partialis confert incommoda creditori ex eodem capite poterit eandem non recipere. Secunda est, quia creditor inuito debitore non potest diuidere creditum, & obligare eundem debitorem ad solutionem partis, & non alterius per ea, quæ dicit idem *Iason. in dict. l. quidam existimauerunt num. 4. ff. si cert. petatur*, ergo, nec debitor poterit diuidere inuito creditore solutionem debiti per partem, vnam soluendo, alteram retinendo, cæteroqui inter contrahentes non saluaretur proportionata æqualitas inter iura, & onera. Tertia est fundata *in l. cum hæres, §. item, si decem, ff. de stat. lib.*, vbi dicitur, quod creditor compellitur recipere particularem solutionem, quem textum explicans *Glosa in dict. l. quidam existimauerunt in verb. ad accipiendum in fin. ff. si cert. petatur*, asserit in eo casu, hoc esse speciale fauore libertatis, ergo vbi non militat ratio libertatis, in contrarium erit ius commune *l. ius singulare, ff. de leg.*

Partialis solutio affert incômoda.

Creditor inuito debitore nô potest diuidere creditum

Limitanda tamen est responsio primò in casu, quo vna pars debiti esset confessata per debitorem, altera negata, quia tunc posset offerre partem confessatam, quia tunc creditor compellitur partem confessatam recipere; & de alia litigare *Iason. in d. l. quidam existimauerunt num. 5. ff. si cert. pet.* Verum tamen est, quod, si creditor haberet promptas probationes totius crediti, tunc non posset debitor partem eiusdem offerre, quia negatio, quæ statim conuinci potest per contrariam probationem, nihil operatur *Glosa in l. post rem in princip. ff. de transact., Iason. in d. l. quidam existimauerunt in 5.* Secundò in casu, quo vna pars crediti esset liquida, altera non liquida, sed incerta; tunc enim posset debitor solam partem liquidam offerre, & creditor teneretur illam recipere propter rationes, & Doctores mox allegatos. Alias limitationes afferunt *Alexander, & Iason in d. l. quidam æstimauerunt* ad numerum vndecim quibus duodecimam addit *Negusantius de pignor. dict. part. 2. membr. 3. partis quintæ princip. num. 19., & alijs subsequ.*, quos tu consule.

7 Nô valet, si vna pars debiti sit confessata, alia negata.

Cessat, vbi creditor habet promptas probationes.

Respondeo quartò. Oblatio Theodorici ad effectus præcitatos debet esse specialis, nec sufficit generalis *Bartol. in l. penult. ad fin. ff. de distract. pign., Immola in l. prætor. ait, §. si quis paratus, ff. de non. op. nuntiat., Ares. in cons. 142. ex facto proponitur in vlt. col. in vers. ad vlt. dubium*. Hæc responsio clarè deducitur ex ijs, quæ supra dicebamus, quod scilicet ad effectum liberationis prioris crediti, & successionis in ius, & locum eiusdem non sufficit sola verbalis oblatio, sed requiritur oblatio in re cum depositione, & obsignatione crediti oblati, sed per generalem oblationem non ponitur illa depositio, & obsignatio, ergo illa non sufficit ad effectus illos liberationis, & successionis. Accedit, quod verba generalia non inducunt obligationem *Iason, & Alexander in l. ità stipulatus in prima, & secunda col. ff. de verb. oblig.*, adeoque, nec generalis oblatio videtur posse inducere liberationem obligationis &c. Non negauerim

8 Debet esse specialis.

Per generalê oblationem non fit depositio, & obsignatio.

uerim tamen, quod, si generalis oblatio talis fuerit, vt non possit, nisi referri ad specialem aliquem casum, cum in eo casu æquipolleret soluni oblationi particulari, fieret in substantia, & æquiualentèr specialis, & particularis; non esset tamen sufficiens ad liberãdum pignus à priori creditore, nec ad constituendum offerentem in ipsius locum, nisi esset cum depositione, & obsignatione saltem æquiualentèr per superiùs notata.

Casus quo generalis æquiualet speciali.

10 Respondeo quintò, oblatio ad consequendos præmemoratos effectus debet fieri congruo loco, & tempore *Baldus in l. acceptam num. 1. C. de vsuris*. Ratio deducitur ex superius dictis, quia scilicet oblatio, quæ secum affert incommoda creditori, potest iustè repelli per textum *in l. si soluturus, ff. de solut.*, huiusmodi autem oblatio facta tempore, & loco non congruo affert incommoda, adeoque &c., locus autem, vt dicatur congruus, debet eligi à Iudice ad petitionem offerentis, in quo creditori facilis sit prosecutio; tempus verò, vt sit tale, non debet esse de nocte, quia ratione noctis posset creditor periculum incurrere, *l. more Roman. ff. de ferijs, Baldus in dict. l. acceptam num. 23. C. de vsuris, & in l. fin. ff. de condit. inser.*, quod limitat Salicetus, nisi illa non esset vltimus terminus ad solutionem; hocque dicit *in l. non minorem, C. de transact.*, quia totum tempus est debitoris *l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig.*

Debet fieri congruo loco & tempore.

Locus, vt sit congruus debet eligi à Iudice

Nõ debet esse de nocte.

11 Hic pro complemento oritur difficultas, an ex necessitate oblatio debeat fieri præsenti, an verò sufficientèr possit fieri etiam absenti. Quidquid afferat *Ognate tract. 20. de hypotheca disp. 58. sect. 17. num. 172.*, volens posse fieri absenti, & ignoranti, sentio absolutè talem oblationem debere fieri præsenti *Negusantius de pign. dict. part. secunda membr. tertij part. quintæ princip. num. 17.*, quandò autem est absens, & non potest commodè personalitèr conueniri, requiritur citatio, vel proclama, vt compareat ad recipiendam solutionem, vel videndum fieri depositum, *Bartolus in l. si reus paratus, ff. de procurat., & ibi etiam Alexand.* oblatio etenim debet fieri ei, qui potest recipere solutionem, *Baldus in dict. l. acceptam in tertia quæst. C. de vsuris, Bartolus in l. de pupillo, §. si quis ipsis quæst. 15. ff. de nou. oper. nunt.*

Oblatio debet fieri præsenti.

Quomodo faciẽda sit, si sit absens

Alia hinc etiam suboritur difficultas, an debitor, si velit offerre, teneatur adire domum creditoris ad faciendam oblationem, an verò possit facere in domo sua, & vlteriùs, an debitor teneatur deferre debitum ad domum creditoris, an verò creditor teneatur adire domum debitoris, vt recipiat. Quoad primam sentio, standum esse conuentis, vbi autem nil fuerit conuentum, si facienda est oblatio ad effectum liberandi pignus, probabilius existimo, debitorem debere adire domum creditoris, ibique offerre, quod, si renuat, debere ipso citato deponere, & obsignare modo, quo suprà per textum *in l. fin. de condit. infer., & in l. tales, §. Priscus, ff. de condit. & demonst.*; neque obstat textus *in l. mæuia, §. fin. ff. de ann. leg.*, vbi dicitur, quod sufficit, si debitor sit paratus in domo sua offerre, & sic creditor habeat ad eum ire; Non, obstat, inquam, quia ex illo textu nil penitus euincitur, cum ibi non sit sermo de onere debitoris soluendi, sed offerendi in vno potius, quam in altero loco. Quoad secundam sentio, vbi nihil dictum fuerit, quæstionem dirimendam esse iuxtà qualitates personarum debitoris, & creditoris, & locorum; si enim creditor fuerit persona nobilis, & debitor vilis, vel è contra creditor vilis, & debitor nobilis, tunc sentiendum est per sonam vilem, siue fuerit creditor, siue debitor debere adire domum nobilis, vel ad recipiendum, si fuerit creditor, vel ad soluendum, si fuerit debitor; hoc etenim videntur exigere qualitates personarum, & conditio, intellige, si in reliquis fuerint pares. In ordine verò ad loca sentio, quod, si tam debitor, quam creditor fuerint eiusdem fori, & eiusdem conditionis, tunc debitor debeat portare, & offerre ad domum creditoris, si verò fuerint diuersi fori, & eiusdem conditionis, quinimmò etiam diuersæ, tunc creditor debeat adire domum debitoris per textum *in l. item illa in verb. paritèr non venit, ff. de constit. pat.*, & ad hoc etiam facit, quod habetur *in l. mediteranea C. de annon., & tribut. lib. 10.*, vbi dicitur, quod nulla ciuitas debens tributa teneatur ea deferre ad extranea loca.

Oblatio cõgruentius debet fieri in domo creditoris

Ex qualitate personarum arguendum est, an oblator debeat deferre, an creditor recipere.

---

§. X.

Quinam effectus oriantur ex oblationibus huiusmodi.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Quot modis fiat oblatio. 2.
Per oblationem verbalem rei immobilis in iuditio consequitur offerens liberationem pignoris, & successionem. 3.
Item ius retractandi venditionem pignoris per creditorem postea factam. 4.
Item successionem, quando debitum est incertum. 5.
Offerens per oblationem realem acquirit actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad repetendum pignus. 6.
Per oblationem realem purgat moram debitoris. 7.

Per

Per oblationem realem iudicialem, vltrà præcitatos effectus consequitur offerens debitori actionem pignoratitiam directam aduersus creditorem ad repetendum pignus. 8.

Oblatio iudicialis parit etiam pignoratitiam actionem aduersus creditorem, quantumuis inter eundem, & debitorem fuerit conuentum, quod debitore non soluente conuento tempore creditor posset pignus diuendere. 9.

Duplex limitatio. 10.

1 **Status controuersiæ.** DIsquisitio X. Debitor erat Caius, vel fortasse posterior creditor hypothecario respectu Octauij. Ad redimendam rem propriam, quam pignori supposuerat in fauorem eiusdem Octauij, vel fortè etiam ad constituendum se ipsum in locum eiusdem Octauij prioris creditoris hypothecarij oblationem eidem fecit sui crediti. Quæritur iam hic, quosnam effectus pariat huiusmodi oblatio in fauorem eiusdem Caij.

2 **Multiplex modus oblationis.** Pro quo aduerte, huiusmodi oblationem, multipliciter posse contingere, vel enim fit solummodò verbalitèr, quatenus idem Caius non habens pecuniam, vel rem, quam intendit offerre, offert verbo tantum, se paratum esse soluere, vel fit realitèr, quatenus de facto in re offert pecuniam, vel debitum, vel extraiudicialitèr, vel in iudicio, vel cum depositione, & obsignatione, vel sine illis. Iuxtà has diuersas oblationes præsens titulus discutietur.

Plures cōsequuntur effectus per realem, quàm per verbalem oblationē. Respondeo primò, si Caius obtulerit solummodò verbalitèr, plures consequitur effectus, non tamen omnes, quos consecutus fuisset, si realitèr obtulisset. Expendo breuitèr singulos effectus, quos consequitur, & singulos, quos non consequitur discriminatim. Consequitur igitur primò per oblationem verbalem liberationem pignoris, & successionem in locum prioris creditoris, quando offert rem immobilem per superius notata *in l. 2. post princip., C. quando, & quis quart. pars deb., & ibi Bartol. lib. 10., & in auth. dos data, C. de donat. ante nupt.* Intellige tamen, quando offerens rem

3 **Per oblationem verbalem rei immobilis in iudicio consequitur offerens successionem** immobilem paratam habet solutioni, illamque præcipuè offert in iudicio; nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem, quando res immobilis offerenda est, non potest offerri, nisi in loco, vbi est, nec iura possunt compellere ad id, quod non potest *l. prætor in princip. §. fin. ff. de edendo.* Consequitur secundò ius retractandi venditionem pignoris, si postea facta

4 fuerit per creditorem *l. si fundus, qui Lucij ff. de rescind. vendit., Bartolus in l. creditor, ff. de distract. pign., Bartol. in l. acceptam in prima quæst. C. de vsuris, & in l. prætor, §. si*

5 *quis paratus, ff. de nou. op. nunt.* Consequitur tertiò ius successionis, quando debitum, pro quo fit oblatio, non est liquidum, sed intricatum, nam tunc sufficit oblatio verbalis de incerto, sed certum debet realitèr offerri, licet pro incerto fit præstanda fideiussio, quando ipse oblator esset inops, & suspectus *Angel., & Immola in l. si mora, ff. solut. matrim. per textum in l. seruus hæredi, §. fin. ff. de stat. lib., Bartolus in l. creditor, ff. de distract. pignor.*, qui asserit, quod, quando debitum nō est liquidum, sufficiat, quod debitor interpellet creditorem coram Iudice, vt deputetur vnus mercator ad calculandum rationes, & quod alia oblatio non sit necessaria, & hoc potissimum valet in ordine, ne debitor constituatur in mora *Glosa in l. obligatione, C. de solut., Alexander cons. 24. inspecto processu ad fin. vol. 4.* Dixi, *ne debitor constituatur in mora*, nam in ordine ad acquirendam actionem, hoc non admitterem, quandoquidem hæc non oritur, nisi ex implemento alicuius oneris, vel conditionis per textum *in l. iuris gentium in princip. ff. de pactis.* Alios effectus te ipse vide apud *Negusantium de pignor. secunda part. memb. tertij partis quintæ princip. num. 6., & seq.*

Respondeo secundò. Caius per oblationem realem acquirit actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad repetendum pignus vltra alios effectus præmemoratos per textum *in l. si rem alienam, §. fin. ff. de pig. act.*, ex eo enim, quod per talem oblationem constituatur in locum creditoris, tribuit ius ad pignus ab eodem consequendum, & si ille, qui sic obtulit, fuerit debitor, non est dubium ex præactis, quin, sicuti per solutionem debiti pignoratitia actione potest illud repetere, ita non possit repetere per eandem actionem per realem oblationem, quæ æquiualet solutioni. 6

Vlteriùs ad hanc oblationem realem hic alius effectus consequitur, quod purgat moram debitoris per textum *in l. si seruum stichum, §. sequitur, ff. de verb. obligat.*, vnde eadem posita deueniri non poterit ad pignoris venditionem per textum *in l. 1. cum soluenda, ff. de distract. pign.*, hocque verificatur non solum, quando debitor offert, sed etiam, quando secundus creditor offert primo, quia similitèr impeditur venditio pignoris *Baldus in l. fin. C. si antiqu. credit.* 7 **Oblatio realis purgat moram debitoris, & constituit creditorem in mora.**

Hæc procedunt, quando mora esset causata ex parte debitoris præcisè, secus, quando esset causata per litis contestationem, quia tunc necessarium esset offerre in iudicio, & ea ratio esse potest, quia sicut mora fuit iudicialitèr commissa, ità debet iudicialitèr purgari *arg. nihil tàm naturale, ff. de reg. iur.* Non solum autem hæc oblatio purgat moram debitoris, sed etiam constituit ipsum creditorem, si non recipiat, vel renuat recipere in mora *l. per emptorem, ff. de act. empt. l. celsus, §. fin. ff. de arbitr.*, ex **Mora iudicialitèr commissa debet iudicialitèr purgari.**

Debitor per oblationem realem eximitur ab obligatione leuissimæ culpæ.

quo sequitur, quod, si debitor ex vi primi contractus tenebatur de casu fortuito, & etiam de leuissima culpa, post talem obligationem eximatur à tali obligatione, & teneatur solummodò de dolo, & lata culpa *Bartolus in l. qui decem in princip. ff. de solut., & in l. acceptam q. 3. C. de vsuris.*

Hæc, & similia procedunt potissimùm de oblatione reali, & extraiudiciali, quæ regulariter fieri debet per depositionem, & obsignationem iuxtà superiùs notata, & probata exceptis casibus, de quibus supra, nunc de oblatione iudiciali, seu in iudicio.

Actio pignoratitia directa oritur ratione oblationis iudicialis.

8 Respondeo tertiò, Caius per oblationem iudicialem consequitur omnes illos effectus, qui producuntur per oblationem extraiudicialem, & vlteriùs, quod per eam oriatur actio pignoratitia directa debitori aduersus creditorem ad repetendum pignus. Ita in vniuersum, *Negusantius de pignor. tertia part. membr. tertij part. quintæ princip. nu. 3., & 4.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia oblatio iudicialis est maioris auctoritatis, & efficaciæ, quam oblatio extraiudicialis propter auctoritatem iudicij *l. sed, & alia, ff. de constit. pecun., Baldus in dict. l. acceptam num. 26. C. de vsuris.* Ratio secundæ partis deducitur ex textu *in l. si rem alienam, §. fin. ff. de pignor. act.*, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem illa oblatio iudicialis nemine disceptante æquiualet veræ, & reali solutioni, per quam, sicuti oritur pignoratitia ad repetitionem pignoris, ita non est, cur non oriatur per illam iudicialem oblationem; Neque dicas, quod stante hac ratione oriretur etiam pignoratitia aduersus creditorem per oblationem etiam extra iudicium, quandoquidem etiam ipsa, si fit cum depositione, & obsignatione, æquiualet solutioni per superiùs dicta, quod tamen afferendum non est obstante textu *in l. sed, & alia, ff. de constit. pecun.*; Contra enim impugnaberis, quia, quamuis extraiudicialis oblatio, quæ fit cum depositione, & obsignatione æquiualeat solutioni veræ, & reali, non tamen oblatio, quæ fit sine tali depositione, & obsignatione; oblatio autem iudicialis, etiam si fit sine depositione, & obsignatione, sicuti propter auctoritatem iudicij æquiualet solutioni, ità inducit pignoratitiam actionem ad repetendum pignus aduersus creditorem, & in hoc sensu procedit potissimum responsio.

Oblatio iudicialis æquiualet veræ, & reali solutioni.

Extraiudicialis non æquiualet veræ, & reali solutioni sine depositione, & obsignatione.

Oblatio iudicialis impedit venditionem pignoris.

9 Adeò vera sunt ea, quæ hic dicuntur, vt procedant etiam in hypothesi, qua esset inter creditorem, & debitorem conuentum, quod, si debitor conuento tempore non soluerit, posset creditor ad venditionem pignoris deuenire, quia adhuc per oblationem iudicialem oritur actio pignoratitia, ratione cuius posset debitor agere ad repetitionem pignoris, & per consequens illius venditionem impedire per textum *in l. 3., & ibi Baldus, C. de pignor. act., Bartolus in l. si debitor, ff. de solut.* Hæc tamen intellige cum duplici limitatione, & primò, vt hæc oblatio iudicialis effectum non consequatur, quando elapso præfinito tempore ad redimendum pignus, hoc ex conuentione primò inita esset iam diuenditum per textum *in l. si prius, C. de distract. pign.*, tunc etenim legitimè translatum est, & perfectum ius ab emptore acquisitum. Secundò, vt hæc oblatio iudicialis vim quidem habeat ad liberandum pignus ab onere pignoris, & ad actionem pignoratitiã ad ipsum repetendum à creditore, non tamen quoad totalem liberationem debitoris, in ordine ad quam iudicialis oblatio non æquiualet dispositioni, & obsignationi, prout rectè aduertit *Negusantius de pignor. tertiæ part. membr. tertij part. quintæ princip. nu. 5.*, hocque per ipsum deducitur *ex l. acceptam, C. de vsuris, & per l. obsignatione, C. de solut.*, vbi ad liberandum absolutè debitorem videtur requiri vltrà iudicialem oblationem, & depositio, & obsignatio.

Limitatur dupliciter assertum, & quomodò.

Posita autem oblatione iudiciali cum depositione, & obligatione, si hæc facta fuerit per creditorem posteriorem consequitur alius effectus, vt ipse creditor posterior succedat in ius primi creditoris per textum *in l. 1. C. qui pot. in pign. hab.*, sed de ijs iam sufficientèr dictum est supra.

---

§. XI.

An Patrui ex parte Patris possint luere res patrimoniales ab eodem Patre relictas datas per Nepotes in dotem sorori ex vi statuti.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & statutum Mediolanense. 1.

Rationes dubitandi circa propositam controuersiam. 2.

Ex eo præcisè, quod sint tradita titulo dationis in dotem non tollitur, quin Patrui possint per æstimationem bona illa ex vi statuti retrahere. 3.

Non demitur agnatis ascendentis ius retrahendi bona immobilia ex eo, quod data sint per Fratres in dotem. 4.

Fæmina nupta est finis propriæ familiæ, & principium alterius. 5.

Obiectum desumptum à priuilegio dotis, illudque solutum. 6.

Dis-

1 Exponitur controuersia, & Statutũ Mediolanense.

DIsquisitio XI. Mortuus est Caius relictis duobus filijs masculis, nempè Theodorico, & Meuio, & vna filia, nempè Flautilla cum onere congruam dotem eidem Flautillæ erogandi. Iuncta est matrimonio eadem Flautilla Octauio, cui ijdem Theodoricus, & Meuius fratres in dotem dederunt quædam bona immobilia, quæ erant in bonis hæreditatis paternæ. Extat in hoc Mediolanensi Ducatu ius quoddam municipale *statut.* 417. *tit. de re paterna luenda*, vbi statuitur, quod, si quis rem aliquam immobilem paternam, vel dominium directum paternum, vel rei paternæ vendiderit, possit agnatus masculus, cuius ascendentis res ipsa fuit, infrà annum, & diem pro æquali pretio, eam rem luere. Hoc stante patrui eorundem Thodorici, & Meuij ex parte patris, cum illa bona immobilia fuerint in dotem tradita æstimata, contendebant æstimationem eorundem bonorum erogare Flautillæ, seu eius marito conferre, vt illa bona redimerent. Quæritur iam hic, an statutum eisdem Patruis in hac hypothesi sit proficuum, an verò eosdem non afficiat.

2 Statutum videtur loqui prçcisè in terminis venditionis.

Ratio dubitandi ex multiplici capite potest oriri; & primò ex eo, quod, cum statutum loquatur simplicitèr in terminis vẽditionis, non videtur posse extendi ad terminos dationis in dotem, & cuiuscunque alterius alienationis, quæ non fit per venditionem; agitur enim hic in materia stricta, cum agatur de materia statutaria, quæ semper restrictam recipit interpretationem, *Fabian. de Mont. tract. de empt., & vendit. secunda part. princip. num. 1., & seqq.*, vbi *num. 7. limit. 2.*, asserit non habere locum in statutis, quod nomine venditionis veniat quicunq; contractus, ex quo sequatur alienatio *Felin. in c. fin. num. 5. de accus.*, *Afflictus in constit. non equi rub. 1. de iure leg. num. 6. lib. 3.*, *Tiraquel. in suo tract. de retract. lignag. § 1. glos. 2. num. 2.*, & tertiò. Secundò ex aduerso ex eo, quod, cum bona illa paterna tradita sint pro dote in ordine ad matrimonium, videntur tradita pro sorore in ordine ad constituendam lineam agnationis diuersæ, licet enim ipsa sit de agnatione fratrum suorum, est tamen principium alterius lineæ, & agnationis; in quo casu non videtur fœmina pro sua dote includenda in linea agnationis cum suis fratribus ad effectum excludendi ius congrui in ordine ad agnatos ascendentes in eadem linea fratrum suorum; finis enim illius iuris statutarij est, vt conseruentur bona in illa agnatione, quod certè esse non potest, dum illa bona transferuntur pro dote sorori, quæ per cõsequens traducuntur in aliam agnationem, vt per se patet, cum soror coniugata sit principium alterius agnationis

Statuta, non recipiunt, nisi strictam interpretationem

Rationes euincentes, nec posse transferri titulo dotis, & subesse luitioni.

quod etiam confirmari potest ex eo, quod finis statuti videtur intendere, vt bona immobilia paterna seruentur, quantum fieri potest, in agnatione, quod certè saluari non posset, si patrui non possent luere res immobiles paternas datas per fratres in dotem sorori nuptæ alteri ex diuersa agnatione. Quid igitur concludendum?

3 Possunt retrahi, quamuis sint tradita titulo dotis.

Respondeo primò, ex eo præcisè, quod bona illa paterna non sint tradita titulo venditionis, sed dationis in dotem, non tollitur, quin patrui possint per æstimationem bona illa ex vi statuti retrahere *Orianus de interpret. statut. n. 36. ad fin.*, *Altiatus conf. 74 per totum*, *Igneus in l. dudum nu. 99., C. de contrah. empt.*, *Bursatus conf. 149. n. 11., & conf. 81 num. 29. vol. 2.* Ratio ex eo deducitur, quod nomine venditionis venit omnis contractus, per quem dominium transfertur, vt latè probat *Carpanus in statut. Mediol. stat. 417. versic. vendiderit*, vbi, quamuis plures inducat limitationes, statutum tamen generalitèr intelligit procedere de quacunque alienatione, nec ex eo, quod dispositio sit in materia statutaria, quæ regularitèr recipit strictam interpretationem, eam restringit, quandoquidem inspicit finem, ob quem inducta est talis dispositio, qui fuit, vt res seruentur, seu seruari possint in agnatione; æquè autem extra illam bona immobilia extraherentur, siue transferrentur per venditionem, siue per alium contractum, per quem dominium transfertur; nec vlteriùs in hoc immorandum, quandoquidem statutum ipsum per verba expressa hanc ampliationem inducit dum subdit. *Si verò alio modo alienauerit inter viuos rem, vel directum vt suprà, vel etiam in executione alicuius vltimæ voluntatis, possit agnatus prædictus in quolibet casuum prædictorum infrà terminos prædictos singula singulis congruè referendo ipsam, vel ipsum luere pro eo pretio &c.*, vbi etiam expressè nota ampliationem in illo verb. *alienauerit*, quod magis generale est, quam vendere *l. fin. C. de reb. alien. non alien.*, & appellatione alienationis in omni materia etiam stricta, & odiosa comprenditur quicunque contractus, ex quo sequatur translatio dominij *Abbas in c. nulli glos. penult. n. 13. de reb. Eccl. non alien.*

Nomine venditionis venit quicumq; cõtractus, per quem dominiũ trãsfertur

Ex fine, quem respicit, potest dispositio statutaria extendi.

4 Possunt agnati ascendentis retrahere, quãuis illa bona sint data in dotem.

Respondeo secundò, nec demitur agnatis ascendentis ius retrahendi bona immobilia paterna ex eo, quod data sint per fratres in dotem sorori nuptæ alteri extra agnationem; Non incongruis iuribus, & rationibus trahor ad hanc responsionem, & quidem primo argumento deducto ex verbis eiusdem statuti 417. *verb. masculus*, vbi in hac hypothesi ius retrahendi soli masculo ascendentis concedit Ibi. *eius agnatus masculus*, ergo per ipsum censetur fœmina exclusa; cum etenim hoc statutum

Ex eo, quod statutũ loquatur de masculo censetur fęmina exclusa.

sit odiorum, & contra ius commune censetur disponere, quod agnata fæmina non admittatur, & sic in ordine ad ipsam reducit ad ius commune *Borgninus tract. de tut. n.83. cum seqq., Baldus cons.443. n.2. vol.2., Plott. cons.19. num.11., Deci. in l. fæmin. n.95. ff. de reg. iur., & in rubr. C. vndè legitimi n.2., Brunus tract. stat. fæmin. exclud, art. 129., Aret. §. fin. num. 6. vers. item circa instit. de success. cogn.*, ergo, nec eadem fæmina agnata, cui in dotem tradita fuerunt bona paterna, impedire poterit, quin agnati ascendentis possint ab ea retrahere eadem bona paterna. Consequentia patet, quia dispositio iuris, quæ non concedit fæminæ agnatæ ius retrahendi, quando res est in alium translata, nec videtur concedere eidem ius retinendi aduersus agnatos, quando eadem bona paterna fuerunt in ipsam ratione dotis transfusa offerentibus eisdem agnatis æstimationem, cum eadem in vtroque casu videatur ratio militare, & ius videatur præcisè respicere familiæ splendorem, cui æquè officeret fæmina, siue retrahendo, siue retinendo.

Statutũ, quod non concedit ius retrahendi, nec concedit ius retinendi

Militat causa finalis statuti etiã, quandò titulo dotis bona transferuntur in fęminam

Secundò, quia causa finalis, ob quam agnati ascendentis possunt retrahere, quãdo bona paterna fuerunt in extraneum alienata, militat etiam, quando fuerunt in dotem tradita per fratres sorori nuptæ extra familiam, ergo ipsi agnati poterunt retrahere etiam, quando bona paterna fuerunt in agnatam translata ob dotem. Antecedens probatur, quia causa finalis talis statuti ea est, ne res exeat à familia, vel genere, & qui de familia sunt, semper ius habent, quotiescunque res ex illa exierit, retrahendi per ea, quæ habet *Tiraquel. de retract. lign. §. 1. glos. 9. num. 195.*, sed hæc ratio æquè militat, quando in dotem bona paterna tradita sunt agnatæ, quandoquidem per illam traditionem eadem bona transeunt extrà familiam, siquidem eadem nupta, quantum est de se, est finis propriæ familiæ, & principium alterius *l. pronuntiatio, §. vlt., & l. familiæ, § faminarum, ff. de verb. significat.*, & si quantum ad hunc effectum non sunt amplius de eadem familia, neque sunt de eadem agnatione *Paulus de Castro in l. pacto, ff. de leg. 2., Glos. in l. fin. ff. de cap. dimin.*, vnde statuta repellentia fæminas à successionibus, ideò inducta sunt, vt bona maneant in familia, & agnatione *argum. l. pen. ff. de ven. insp., Cynus in l. 1. C. de adult., Ioannes Andræas in addit., Specul. in rubr. de success. ab intest. vers. est sentiendum*, nec incongrua sanè ratione *Alexander cons. 45. col. vltim. vers. quarto probatur lib. 7.*, asserit, quod, quando statuta respiciunt fauorem familiæ, & agnationis, masculinum non respiciat fæmininum, cum non sit eadem vtriusq; ratio *Socin. consult. 90. abundè, & subtilitèr in fin. lib. 1. Phylip. Decius cons. 453. consultum fuit col. 2. vers. postremò ad idem, & cons. 495. viso eleganti col. 3. vers., & ratio*. Neque obesse potest, si asseratur primò, quod fæminæ sint de domo, familia, & agnatione per textum *in l. voluntas, C. de fideicomm.*, & quod etiam in materia statutorum appellatione coniunctorum, propinquorum, & consanguineorum comprehendantur etiam fæminæ, prout de coniunctis habent, *Alexander consult. 115. circà dubitationem col. vlt. vers. tertio potest responderi lib. 2., Phylip. Deci. cons. 223. in casu proposito col. 1. n. 2., & cons. 269. consult. col. 2., Ludou. Foz ad cons. 20. prima facie nu. 8* de propinquis *Baldus cons. 334. in quæst., quæ vertitur in Ciuitate Pergesti col. 2. lib. 3.*, de consanguineis *Corne. cons. 222. quanquam in hac consultatione ferè per totum lib. 3., Baldus cons. 201. in prouincia col. vltim. vers. quoad articulum lib. 1.*

5 Fęmina est finis propriç familię, & principiũ alterius.

Fęmina generis sui est finis.

Non, inquam, obesse potest, quia, quamuis fæminæ sint de domo, familia, & agnatione, tamen transeunt in alienas familias, & sic militat ratio finalis statuti, ne res alienata exeat dicta familia, & agnatione, à qua certè exiret, cum fæmina generis sui finis sit, & familiæ *l. 1. §. vlt. ff. de iure immun. Baldus in cap. si pater, & post eum Phylipp. Franc. col. antepen. vers. 13. de testam. lib. 6.* Ea, quæ subduntur, locum non habent in præsenti hypothesi, in qua sit specialis, & expressa mentio agnatorum masculorum, & militat diuersa ratio finalis pro masculis, ac pro fæminis, vt supra.

Statuta respicientia fauorem familię nomine masculini nõ respiciunt fęmininũ.

Non benè consultũ esset fini statuti, si bona non possunt, retrahi à fęminis.

Tertiò, quia, si bona paterna immobilia in dotem tradita sorori non possent per agnatos masculos retrahi, non benè per hoc statutum municipale esset prouisum fini, quem respexit idem statutum, ne scilicet bona transeant extra consanguinitatem, & familiam per ea, quæ supra dicta sunt, & notat *Alberic. lib. 1. statutorum qu. 87., Iason in l. 1. §. vsusfructuarius n. 6. ff. de oper. nou. nunciat., Alciatus cons. 813. in princip., Paris. cons. 83. num. 43. vol. 3.*, & vt consulatur affectioni, quam regularitèr habent agnati ad bona ascendentium, vel maiorum *Igneus in l. dudum num. 14. C. de contrah. empt.*, quod non est præsumendum de sagacitate statuentium. Quod autem non esset sufficientèr prouisum ex eo patet, quia facilè per dationem rerum paternarum in dotem eadem bona transirent extrà consanguinitatem, & familiam.

6 Obiecta proposita contrà assertum, eademq; soluta.

Aduersus hucusque dicta in fauorem agnatorum masculorum aduersus agnatas nuptas extraneo hæc ratio efficax militare videtur, quod ratio causæ dotalis est maximè priuilegiata; vndè etiam diximus *tom. 1. sub tit. Contractus IV. de emphyth., & Censib. Disqu. 1. §. IV. num. 1.*, quod quantumuis res emphytheuticæ quoad dominium vtile non possint contractu oneroso in alium

alium transferri sine consensu Domini directi, possint tamen sine consensu eiusdem donari, & in dotem dari, quod in pluribus alijs similibus potest euinci. Sed huic rationi facilè potest occurri, si asseratur, quod, cum præcedentèr ad talem dationem in dotem bona illa paterna sint affecta illo onere retractus in fauorem Agnatorum, non transeant absolutè in fæminam dotatam, nec sint absolutè dotalia, sed tantum conditionatè, si scilicet Agnati pro tempore à statuto præscripto ad retrahendum, non retrahant; vndè posita æstimatione per agnatos cessant esse dotalia; nec valet id, quod affertur de re emphytheutica data in dotem, quandoquidem, si vera sunt, quæ dicuntur, ea procedunt in suppositione, quod emphytheuta aliud non habeat, quo possit dotare, vndè, ne filia maneat indotata, fauor dotis præualet iuri domini directi, vt cognoscatur; in nostra autem hypothesi soror indotata nō potest remanere, quandoquidem, si bona data in dotem retrahantur per agnatos, debet æstimatio eorundem per eosdem agnatos retribui.

Illa bona, non transeunt absolutè in fœminam, sed tantū conditionatè.

Nec posset fœmina indotata manere.

---

§. XII.

An bona patris intelligantur tacitè hypothecata filijs pro sua legitima.

SVMMARIVM.

Proponitur facti series. 1.
Exponuntur rationes Pauli de Montepico. 2.
In ordine ad legitimam, quæ per expressam testatoris mentem non est constituta non habet filius tacitam hypothecam in bonis paternis. 3.
Competit tamen eisdem filijs pro legitima condictio ex lege. 4.
Argumentum deductum à paritate legatariorum non valet, quia illi habent expressam voluntatem testatoris. 5.
Si testator expressè disposuerit de legitima, sed insufficiente quoad quantitatem debitam, an filius habeat hypothecam non solum quoad dispositum expressè, sed etiam, quod supplementum duplex sententia. 6.
Vtraque expenditur, & præfertur affirmatiua. 7.

1 Exponitur status difficultatis.

Disquisitio XII. Titius instituto suo hærede Caio altero ex proprijs filijs, Demetrio alteri filio solum reliquit legitimam. Demetrius agebat hypothecariam aduersus bona hæreditatis per eundem Titium relicta non solum pro eadem legitima, sibi iure naturæ debita, sed etiam pro supplemento eiusdem asserens, quod expresse relictum per testatorem non adæquet legitimam. Hic oritur ratio dubitandi, an verè, tam pro eadem legitima quoad substantiam, quam quoad supplementum eiusdem competat tacita hypotheca eidem Demetrio.

Multis conatur euincere *Paulus de Montepico in l. quartam num. 49. ff. ad leg. falcid.*, quod hęc hypotheca tacita competat filijs pro legitima, & pro supplemento eiusdem, & primò, quia huiusmodi hypotheca competit legatarijs pro legatis per testatorem relictis, vt probat *Raphael. Fulgosius cons. 84. num. 2 vers. illud postremo*, per textum *in l. 1. C. com. de leg., & in §. nostra constitutio instit. de leg.*, & nos suprà latè commendauimus, ergo à fortiori debet competere filijs pro legitima, ne deterioris constituatur conditionis filius pro legitima, ac legatarius pro legato. Secundò, in ordine ad supplementum, quia hoc præsumitur ex tacita voluntate testatoris, quasi, quod minus fuerit scriptum, quem ipse dixerit *argum. l. cum auus, ff. de condit., & demonst.*, & , sicuti, si legitimæ testator aliud onus imposuisset, hoc haberetur, ac, si non esset impositum per textum *in l. in prioribus C. de inoffic. testam.*, ità, si legitima esset constituta in minori quantitate, ac exigeretur ex dispositione iuris, habenda esset pro constituta in sua proportionatá quantitate etiam ex mente præsumpta eiusdem testatoris, ac perindè, ac, si esset constituta ex testamento, actioni autem ex testamento conceditur ius tacitæ hypothecæ. Plura alia argumenta ad probandam tacitam hypothecam inesse legitimæ pro filijs refert, & refellit *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11 tit. 13 quasi per totum*, quem omninò vide. His tamen non obstantibus.

2 Argumētum primum deductum à legatarijs

Secundū deductū ex prę sumpta voluntate testatoris.

Respondeo, in ordine ad legitimam, quæ per expressam testatoris mentem non est constituta, non habet filius tacitam hypothecam in bonis paternis, sed tantum cor.ditionem ex lege contra hæredes institutos. *Alexander in l. in quartam nu. 15., & 16. ff. ad leg. falcid. col. 7. vers. prædicta confirmo, & cons. 78., Clarissimè Doctor in vlt. col. vers. non obstat id vol 3., Negusantius de pign. membr. quarto secundæ partis nu. 164. vers. vigesimus quartus casus, Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 13. nu. 27., Marianus Socin. Sen. cons. 75. num. 13., & seq. lib. 1., Cornelius cons. 282. num. 15., & sequ. lib. 1., Altiatus in l. 1. ad fin. ff. de leg 1., Bartolus in l. mosc his, ff. de iure fisci, Decius cons. 235. in casu mag. in vltim. col. vbi etiam respondet obiectis aduersantium.*

3 Nō inest tacita hypotheca in bonis paternis pro legitima.

Ad hanc responsionem roborandam hac ratione vtitur *Alexander in d. l. in quartam, ff. ad leg. falcid.*, quod nullibi reperitur in iure dispositum, quod competat filijs hypo-

po-

Prima ratio Alexandri. potheca in bonis paternis pro eorundem legitimis, adeoque hæc eisdem non est concedenda; cum hypotheca non contrahatur, nisi per partium expressa pacta, vel per expressam iuris dispositionem, §. *consideremus in auth. de trient., & semis*, & latè probat *Iason in l. illam n. 6. C. de collat.*

4 Competit eisdem conditio ex lege. Vlteriùs roboratur ex eo, quod iura de alio modo prouiderunt filijs pro eorum legitima consequenda, nempè de conditione ex lege non solum contra hæredes institutos, §. *cæterum auth., vt cum de app. cogn.*, *Glosa in l. Papinianus, §. conditioni, ff. de inoff. test.*, sed etiam contra legatarios *l. libertus sub conditione, §. libertus in fine, ff. de bon. libert.*, ergo, quia eadem iura supponunt tacitam hypothecam non inesse in bonis paternis pro eorum legitima, iam etenim per illam esset sufficientèr prouisum eisdem filijs, nec fuisset opus nouam actionem instituere.

5 Secunda ratio deducta ex absurdo, quod indè orîretur. Vlteriùs sic euincitur, quia, si filij haberent tacitam hypothecam in bonis paternis pro eorum legitima, possent ijdem filij eligere bona, siue legata, siue alio modo per testatorem disposita pro eodem, sicque eludere testatorem, legatarios, aliosque, in quorum fauorem testator disposuisset; quinimmò contra hæredes, & legatarios non solum possent agere pro rata, sed in solidum, vt per se patet; quod tamen expressè falsum est, & quidem quoad electionem in bonis legatis falsum euincitur, §. *quamobrem in auth. de restitut.*, & ità tenent *Natta cons. 199. num. 6., & sequ. cons. 234 num. 5., Raphael Cumanus cons. 132. incipit filius à Patre num. 3., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 13. n. 30.*, quoad actionem verò in solidum, *Bartolus in d. l. in quartam num. 13 ff. ad leg. falcid., Baldus in l. suus quoque in princip. num. 3 ff. de hæred. institu., & in l. omnimodò in princip. num. 6. de inoffic. testam.*

6 Legatarij habent voluntatẽ expressam testatoris. Neque obesse potest primò argumentum à legatarijs ad filios pro legitima per aduersam partem productum; non, inquam, obesse potest per ea, quæ per varias responsiones adducit *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 13. à num. 35. vsque ad 49.* Eludit tamen per se absolutè solummodò instantiam responsio, quam communitèr Doctores adducunt asserentes, inter legatarium, & filium pro legitima non seruari paritatem terminorum, adeoque argumentum nihil concludere; nam legatarij habent expressam voluntatem testatoris, quæ validior est, iuxtà textum, §. *nostra autem constitutio instit. de legatis.* Ibi. *Defunctorum voluntates validiores esse cupientes*; filij autem, vbi expressè dispositum non est per testatorem de eorum legitima, non habent talem voluntatem expressam, adeoque &c. *Salicetus in l. scimus, §. repletionem in fin. C. de inoffic. testam. Castrensis in l. in quantitate in princip. nu. 1. vers., sed circà hoc quæro, ff. ad leg. falcid.*, Ex quibus fas est deducere, quod, si per expressam testatoris voluntatem in fauorem filiorum de legitima esset dispositum, tunc ijdem filij gauderent in bonis paternis hypotheca arg. eorum, quæ supra dicta sunt, quia tunc currit paritas de legatarijs.

Hic autem oritur immediatè difficultas, an, si testator disposuerit expressè de legitima filiorum, sed deficiente quoad quantitatem debitam, filij habeant hypothecam, non solum quoad quantitatem dispositam, sed etiam quoad supplementum, quod iustè possunt exigere. Negantèr videtur sentire *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 13. num. 49.*, vbi asserit, quod supplementum illud non possit exigi ex tacita, & verisimili voluntate testatoris, quasi, quod minus fuerit scriptum, ac ille dixerit, vt dicebatur supra per aduersarios in secundo argumento opposito, quinimmò potius contra voluntatem eiusdem, sicuti falcidia, quæ etiam si non sit prohibita, detrahitur tamen contra voluntatem testatoris *l. Titius, ff. ad l. falcid.*, ex eo etenim, quod disposuerit pro legitima de tali quantitate, supponitur implicitè prohibere maiorem; & licet supplementum legitimæ ipso iure fiat, & inducatur per textum *in l. scimus in princip. vers. repletionem, C. de inoffic. testam.*, non propterea consequitur, quod eadem hypothecam sortiri debeat, ac legitima, de qua expressè testator disposuit, ad quod confirmandum asserit, quod pro supplemento legitimæ non concedatur actio ex testamento, sed conditio ex lege *Glosa in auth. Presbiteros, & ibi Baldus de Episc., & Cler.*, *Salicetus in dict. l. scimus in princip. vers., sed alij dicunt, quod condictione ex lege, C. de inoffic. testam.* Affirmantèr verò sentit *Negusantius de pign. memb. 4. part. secundæ num. 164. propè fin.*, conformitèr ad mentem *Baldi in l. hac edictali col. 3. vers., & primo quæro, C. de secundis nupt.*, *Decij cons. 235. in fin.*, quod asserunt verificari habito respectu ad id, quod relictum fuit in testamento filio non sufficiens ad legitimam per textum *in l. omnimodò, C. de inoffic. testam.*, quia tunc illud, quod debet suppleri, intelligitur sequi, & trahi ad naturam expressè relicti; vndè, sicuti pro alijs relictis competit tacita hypotheca per textum *in l. 1. C. communia de legat.*, ità etiam pro legitima relicta, & pro complemento illius, quod sequitur conditiones sui principalis. Vtraque opinio videtur probabilis. Tutiorem tamen existimo affirmatiuam Negusantij, & aliorum propter dispositionem iuris *in dict. l. omnimodò, & in d. l. scimus in princip.*, vbi supplementum legitimæ licet fiat à lege, fingitur tamen relictum

7 Explicatur sententia negãs competere hypothecam quoad supplementum.

Explicatur sentẽtia affirmans cõpetere etiam hypothecam pro supplemento & præfertur.

A iure supplementum fingitur relictum à testatore.

relictum

relictum à testatore; ex eo autem, quod lex velit, quod perindè habeatur, ac, si esset à testatore, per consequens vult, quod habeat omnia ea priuilegia, quæ haberet, si esset verè, & realitèr expresè per eundem relictum, quod etiam exemplo potest confirmari; nam, si per aliquod ius, siue commune, siue municipale sit dispositum, quod alicui actioni, seu contractui insit tacita hypotheca, & contrahentes inter se conueniant, vt alicui actioni, seu contractui, qui non sit formalitèr talis, competat ius, ac, si esset formalitèr talis, certè hic contractus habet omnia iura, & priuilegia, quæ competunt contractui tali; Hac ratione definiuit Excellentiss. Mediolani Senatus sub die vlt. Augusti 1650. referente Illustriss. Senatore Carlo Patelano in causa Vigletij contrà Ghislanzonum particulari singraphæ inesse tacitam hypothecam, quæ competit ex vi dispositionis N. C. Mediolani *lib. 5. tit. de officio Abbatis*, & Consulis Mercatorum literis formalibus cambij, ex eo præcisè, quod decreuerint inter se, quod singrapha illa haberet vim literæ formalis cambij, quamuis talis formalitèr non esset, ergo etiam, si ex dispositione iuris communis statutum sit, quod legitimæ per testatorem relictæ insit formalitèr hypotheca, & vlterius ex eadem dispositione statuatur, quod supplementum intelligatur inductum, ac, si esset per testatorem appositum, dicendum est, quod eidem supplemento eadem hypotheca insit, quæ inest eidem legitimæ formalitèr relictæ; si enim dispositio contrahentium hoc præstat, vt casus per ipsos fictus trahatur ad casum verum, non video, cur casus, qui ex dispositione iuris communis habetur pro tali, non trahatur quoad priuilegium ad casum formalitèr talem.

Paritas ex re iudicata deducta.

Exempla euincentia intentum.

Vrgebis aduersus ea, quæ hic dicta sunt, si testator nihil absolutè disposuerit de legitima, filij non habent pro eadem legitima tacitam hypothecam per ea, quę supra dicta sunt, ergo, si disposuerit de legitima insufficienti, & non de supplemento, filij pro eodem supplemento tacitam hypothecam non habebunt. Consequentia probatur, quia non minus nihil est dispositum quoad hypothecam quoad totum, quando nihil quoad ipsam est dispositum pro legitima, ac nihil sit dispositum de supplemento, quando de ipso nihil est actum in testamento. Sed contra; neganda est consequentia, quia, quando nihil est dispositum de tota legitima, iura nihil statuunt de hypotheca, quando autem est dispositum de hypotheca insufficienti iura disponunt, quod supplementum æquam vim habeat; vndè non est, cur non debeat sortiri easdem conditiones, prælationes, & priuilegia, ac, si esset formalitèr relictũ, ac de illo expresè dispositum.

Instantiæ aduersus exposita, earumq; solutio.

Ad alia omnia argumenta, quæ per *Manticam loco citato* suprà adducuntur videte apud eundem responsiones salubritèr congestas; non enim vacat in his refellendis immorari.

---

§. XIII.

An data suppositione, quod hypotheca tacita competat filijs pro legitima, eadem competat renuntiatarijs ipsorum, quibus ipsi filij transeuntes ad Religionem cesserunt omnia iura antè professionem.

SVMMARIVM.

Fundatur quæsitum in suppositione, & exponitur. 1.

Procedit difficultas etiam in ordine ad bona non hypothecata, quibus cessit filius ante ingressum in Religionem. 2.

Statutum Mediolanense circà mortuos ciuilitèr. 3.

Sustinetur testamentum filiorum factum antè professionem post obitum Patris, tàm de iure communi, quam municipali. 4.

Viuente adhuc Patre post ingressum filij, si hic renuntiauerit iuribus suis in fauorem fratrum tenet renuntiatio saltèm quoad legitimam non obstante statuto. 5.

Per solutionem obiectorum firmatur assertum. 6.

Ingressus in Monasterium de iure communi non est ciuilitèr mortuus. 7.

Cessionarij possunt obligari viuente Patre ad annuas præstationes liuellarias præstandas Monasterio capaci. 8.

Filij professi in Religione admittuntur ex praxi omnium Tribunalium ad faciendum numerum cum alijs in ordine ad exemptionem concessam habentibus duodecim filios. 9.

Ex causa finali statuentium deducitur efficax argumentum ad præsens institutum. 10.

Disquisitio XIII. Ex legitimo matrimonio Caius ex vxore sua Calfronia progenuit filios masculos septem, & fæminas tres. Ex masculis quatuor transierunt ad solemnia vota in Religione legitimè constituta, sed antecedenter ad eadem omnibus suis iuribus in bonis paternis, & maternis sibi competentibus per publicum, & solemne instrumentum cesserunt in fauorem fratrum suorum in sæculo existentium, vel fortè etiam in fauorem dumtaxat alicuius ex dictis fratribus alijs exclusis. Emortuo Patre in diuisione bonorum inter eosdem Fratres in sæculo superstites facienda orta est contentio, an bona, quæ reli-

1 Exponitur status controuersiæ.

relicta fuerunt per fratres Religiosos facerent partem in fauorem illorum, quibus facta est renuntiatio, an verò sint æqualitèr diuidenda inter eosdem fratres in sæculo superstites, perindè, ac si illa renuntiatio facta non fuisset.

2 Difficultas extenditur in ordine ad omnia Patris, vel matris, quibus filius cessit.

Hæc difficultas, quamuis proponatur sub terminis de hypotheca in ordine ad legitimam, locum tamen habet absolutè in ordine ad omnia bona, & iura, quibus Religiosus ante professionem emissam cessit in fauorem aliquorum, seu alicuius ex fratribus, adeò vt sensus sit, an renuntiatio facta per Religiosum ante professionem suorum bonorum efficiat, vt bona, quæ ad ipsum pertinerent, cedant absolutè renuntiatario, & faciant partem, si non in fauorem renunciantis, saltem in fauorem eiusdem renunciatarij.

Nõnullæ inspectiones ad casum propositũ.

Vt clariùs hac in re, quæ multa indiget discussione, procedamus, nonnullæ inspectiones habendæ sunt, ad quarum normam res dirimenda est, & primò inspiciendum est, an Religiosi illi, qui ante professionem præferuntur renuntiasse in fauorem aliorum, renuntiauerint adhuc patre viuente, seu qui adhuc superstes fuerit, dum renuntiationem, & professionem emiserunt, vel eo antecedentèr defuncto. Secundò inspiciendum est, an locus, seu Ciuitas, in qua sunt bona paterna, seu materna, quibus renuntiarunt, subsit alicui particulari statuto, quod hac in re disponat, vel circà hoc tantum subsit dispositioni iuris communis. Pro quo

3 Exponitur statutum Mediolanẽse nolens personã mortuã ciuilitèr succedere nec facere partẽ.

Præmittendum est, in hac Mediolanensi Ciuitate adesse statutum 284., quod expresè in hanc formam disponit. *Illa persona, quæ de iure communi pro mortua ciuilitèr reputatur, in successione non admittatur ad partem, nec faciat partem, & quoad successionem tàm eius, quàm alterius in omnibus, & per omnia habeatur, ac reputetur pro mortua, ac si naturalitèr, & verè esset mortua, antequam reputari possit pro mortua, vt suprà*, ad cuius ampliorem intelligentiam extat aliud statutum, quod disponit, quod ingrediens Monasterium fingatur mortuus præambula hora professionis Religionis. Circà quę statuta maximum dissidium est inter Doctores, an eadem statuta subsistant, & obligent, de qua re nos etiam aliquid disseremus.

4 Sustinetur testamentum filiorum factum ante professionem post obitũ Patris.

Respondeo primò, præmortuo Patre ante ingressum, renuntiationem, & professionem in Religione, filij ingredientes monasterium, si ante professionem, vel per testamentum aliquem ex fratribus in sæculo superstitem instituant, vel per renuntiationem omnia sua iura eidem cedant, sustineri eorum testamentum, & renuntiationem, tam de iure communi, quam de municipali huius Mediolanensis ditionis. Iuxtà hos terminos intelligendos esse arbitror; *Decium in cons. 214. col. fin. vers. 3. principalitèr, Socinum cons. 81. col. penult. lib. 1., Castrensem cons. 462. lib. 1., Felinum in cap. Ecclesia S. Mariæ col. 33. vers. 2. conclusio de constit.*

Hoc iure cõmuni ex textu expressè euincitur

De iure communi non est ambigendum, cum extet expressus textus *in l. Deo nobis, C. de Episc., & Cler.*, vbi *Glosa in verb. hoc etiam*, duo dicit, primum quod pater debet filium monachum instituere, sicut nõ monachum, & quod sic succedit ab intestato, sicut non monachus; ex quibus à fortiori sequitur, quod, si quando est monachus, est instituendus, & succedit ab intestato, antequam sit monachus succedat, & ante ingressum, & professionem possit de bonis, in quibus est institutus, & succedit, disponere pro libertate; atque hic est communis scribentium consensus.

DD. qui asserunt statutum Mediolanense esse iniquum.

De iure municipali huius Mediolanensis ditionis, non præcisè responsio ex eo euincitur, quod statutum huiusmodi vtpotè contra Ecclesiasticam libertatem, & impeditiuum status Religiosi sit iniquum, vt omnes ferè clamant, & præcipuè *Menochius*, quid fuit senator, & in hac Mediolanensi ditione extraordinariorum reddituum Præses *cons. 196. à n. 32. ad 36., Angelus in l. vlt. C. de pact., Gemminian. in c. quamuis col. 4. de pactis in 6., Ancharanus cons. 107., & 108., Abbas in c. Ecclesia S. Mariæ n. 35., & ibi Felinus n. 78. de constit., Purpurat. in l. fin. n. 172. de pactis*; sed ex eo euincitur, quod casus, de quo hic loquimur, non comprehenditur in prædicto statuto, quod, cum sit correctorium iuris communis, & contrà naturalem æquitatem est strictissimè interpretandum, nec extendendum vltra id, quod verba expresè sonant, sed intelligendum propriè, prout iacet, quandoquidem statutum hoc solummodò disponit, quod *non admittatur in successione persona, quæ de iure communi pro mortua ciuilitèr reputatur*, sed in hypothesi, de qua loquimur, persona, quæ succedere dicitur, seu successisse pro tempore, pro quo contendit successisse, & de illis bonis, vel per testamentum, vel per renuntiationem disposuisse, non reputabatur pro mortua ciuilitèr, quandoquidem ipso iure mortuo patre succedit, seu successit in hæreditate, vt habetur *lib. 3. N. C. Mediol. sub tit. de continuando possess. defunct.*, & pro eo tempore non erat ciuilitèr mortua, cum non emiserit pro eo tempore professionem; & quando etiam contenderetur de aditione dictæ hæreditatis ipso iure adhuc ex prædictæ hæreditatis dispositione, seu renuntiatione censeretur sufficientèr adijsse, quandoquidem, quando contemplatione alicuius personæ fit renuntiatio, renuntians videtur tacitè adire priùs, & successiuè illam

Casus, de quo hic est sermo non comprehenditur in statuto.

Pro tempore, pro quo disposuit, nõ erat mortuus ciuilitèr.

Renuntians videtur tacitè adire, & successiuè cedere.

illam hæreditatem renuntiare illis, cum quibus contraxit *arg. l. illud ff. de acquir. hæred., Glos., & Bartolus in l. alio in prima opposit. ff. de aliment., & cibar. leg., Baldus in l. fin. col. 6. vers. sed hic incidentèr quæritur, C. de pact.*

Regula Socini valdè accomoda ad rem præsentē.

Conformitèr ad hanc doctrinam subtilitèr, & elegantèr statuit hanc regulam *Socin. cons. 81. nu. 5. in fin.*, quod ad cognoscendum, an quis debeat admitti, vel excludi à successione, attendi debeat tempus mortis illius, de cuius hæreditate agitur, & si tunc temporis reperiatur in eo statu, quo debeat excludi, in perpetuum intelligatur exclusa, nam qualitas adiecta alicui actui, vel verbo sufficit, quod adsit tempore, quo actus debet effectum suum sortiri per textum *in l. substitutione, & in l. ex facto, ff. de vulg., & pup., & in l. mella in princip. ff. de alim., & cibar. leg.*, ergò è contrario sensu, si tunc temporis persona reperiatur apta ad succedendum, & disponendum, poterit opportunè disponere; cum igitur in casu nostro qualitas mortis ciuilis adiecta actui excludendi à successione pro eo tempore non affuerit, non poterit personam illam excludere, quin potuerit succedere, & de hæreditate disponere.

Neque obesse potest, si asseratur, quod hoc statutum, quantumuis non excludat personam ad succedendum pro tempore, quo non est addicta per professionem Religioni, hora tamen præambula ad professionem eandem excludat, cum fingat eum decessisse ante ingressum, statutum autem hoc fingere potest *Bartolus in l. si iis, qui pro emptore q. 1. ff. de vsucap., Thomas Ferratius cautel. 26. num. 4.*; Non, inquam, obesse potest, quia hæc fictio, vtpote aduersans æquitati nullam vim habere potest per ea, quæ docent *Bartolus in l. si is, qui pro emptore n. 38. ff. de vsucap., & ibi Iason num. 76, Alciatus in tract. de præsumpt. part. 1. n. 7., & 10., Menochius d. cons. 196. num. 33., & 34.*, vbi etiam asserit non obstare praxim in contrarium, vtpotè quæ simul cum statuto repugnat iuri Diuino, cum sit impeditiua Religionis, & licet idem Menochius loquatur in terminis statuti, & praxis Illustrissimorum DD. Vallis Ottolinæ, ex paritate tamen rationis dicta per eundem militant etiam in hoc statuto Mediolanēsi, quod certè æquè est contrarium iuri Diuino, & æquè impeditiuum status Religionis. Deindè statutum istud procedit ad summum, quando ingressus Monasterium professus est, & renuntiationem fecit, antequam è viuis decederet ille, de cuius hæreditate agitur, non verò quando ille decessit, antequam ingrederetur, & profiteretur.

Illa fictio nullam vim habet.

Statutum loquitur de ingressu, & cessione facta obitū Patris.

Respondeo secundò, viuente adhuc patre post ingressum filij in Religionem, si filius renunciauerit iuribus suis in fauorem fratrum suorum, seu alicuius ex fratribus ante professionem, saltem quoad legitimam tenet renunciatio, & renunciatum adueniente casu diuisionis bonorum paternorum post mortem patris facit partem in fauorem renunciatarij, non obstante prædicto Mediolani Statuto 284. Efficacior probatio huius responsionis erit solutio obiectorum, quæ afferri possunt ex aduerso, quæ ex duplici fonte oriri possunt; primò ex eo, quod iuri de futuro renuntiare nemo possit per textum *in l. non potest, ff. de re iudic., & l. si ità scriptum, §. si sub conditione, ff. de leg. 2. & l. is, qui, & ibi Iason., & alij, ff. de acquir. hæred.* Est etenim renunciatio quædam priuatio, quæ supponit habitum, qui certè viuente patre non est in filio, sicque iuri nondum quæsito non potest renuntiare, *Socin. cons. 114. in princip. lib. 1., Franciscus Curtius in l. 1. num. 19., C. de pactis, & ibi Purpuratus num. 51.*; secundò in eo, quod stante prædicto statuto, sicuti est incapax ad succedendum, ità videtur impotens ad disponendum. Sed facilè huiusmodi obiecta diluuntur, nam, quamuis regularitèr iuri de futuro nequeat renuntiari iuxtà allegata iura, fallit tamen in multis, & præcipuè, quando ius illud de futuro intelligitur, & est radicatum de præsenti *Franciscus Aret. cons. 3. in Christi nomine Amen consultatio præmissa col. 2. vers. sed cum in casu nostro, Signorolus cons. 71. in princip., vbi loquitur de successione, Cardinalis Tuschus verb. renuntiare concl. 172. n. 16, & 18.*, præcipuè, si illud de futuro habeat causam de præsenti *Boerius decis. 147. n. 13., Parisius cons. 127. num. 26. lib. 1., Castrensis cons. 252. viso punct. col. penult. in fin., & col. fin. lib. 1., Bartolus in l. post emancipationem, ff. de lib. leg., & in l. si vxor, §. Diuus, ff. de adult., Felinus in c. si eligenti col. vlt. vers. decimo fallit de foro compet.*, Quis autem ambigat, quod ius, quod habet filius etiam viuente patre in bonis paternis in ordine ad legitimam præcipuè sit radicatum, & habeat causam de præsenti? Certè cum eodem filio nascente hoc ius oritur, vndè dicitur, quod eodem iure naturali sit debitum *l. cum ratio, ff. de bon. damn. cap. si pater de testamentis lib. 6.*, & dicitur quasi proprium eiusdem filij patrimonium. *Albericus in rub. ff. de vulg. col. fin. vers. præterea*, hocque colligitur ex textu *in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de leg. 2.*, vbi sic legitur. *Quid enim est, quod de suo reliquisse videtur, qui quod reliquit omni modo reddere debuit.* Quæ verba nō incongruè trahit *Paulus Galleratus de renunt. centur. 1. renunt. 47. n. 3.* ad patres relinquentes liberis ex testamento partem iure naturæ debitam; ex quibus etiam euincitur, quod illud ius habens causam de præsenti dicitur ius formatum ad differentiam iuris, quod non habet origi-

5 Tenet renuntiatio quoad legitimā etiam facta viuēte Patre.

6 Iuri de futuro renunciari potest, quando est radicatum de præsenti.

Ius ad legitimam cum filio nascente oritur.

Legitima est propriū filij patrimonium.

Tt nem

Ius ad legitimam est formatum.

nem, nisi à causa de futuro, quod dicitur informe *Romanus l. si de certa num. 7. C. de transact.*, & licet illud ius de futuro, quod dicitur radicatum de præsenti, non sit de re in facto penes liberum renuntiare volentem; spes tamen illa acquirendi, quæ dicitur radicata, & formata, dicitur esse in bonis eiusdem, & satis dicitur de præsenti competere, & appellatur in certum *l. 1. C. de pactis*, & potest in contractum deduci *l. nam hoc modo, ff. de hæred. vel act. vend. l. nec emptio, ff. de contrah. empt. l. si iactum retis, ff. de act. emp.*

Patres solliciti de renunciatione filiorum ingredientium Monasteriũ.

Vlteriùs eliditur primum obiectum ex communi praxi vbique seruata, & etiam in hac Mediolanensi Ciuitate, secundum quam pateretiam viuens sollicitus est de renunciatione filiorum Monasteriũ ingredientium; & iuxtà hanc praxim *Sacrosanctum Concil. Trid. sess. 25. de Regul. cap. 16.* præscribit modum, qui seruandus est in huiusmodi renuntiationibus, qui certè modus esset inutilitèr præscriptus, si renunciare non possent ingredientes Monasterium; Neque arbitrandum hic est, concilium loqui tantummodò, quando patre mortuo ingressus Monasterium vult de suis bonis disponere per vltimam voluntatem, seu per testamentum; Non, inquam, arbitrandum est, quandoquidem Sacra Congregatio Concilij interpres, sub die 22. Ian. 1598. declarauit dictum decretum non vendicare sibi locum in testamentis, atque alijs vltimis voluntatibus; si igitur in istis non habet locum, ergo est dispositio quoad simplices renuntiationes, quæ regularitèr fiunt viuente patre; frustratoria autem hæc esset dispositio Concilij, si viuente patre non possent disponere, nec renuntiare.

Res in spe radicata potest vendi, & alienari.

Vlteriùs idem obiectum eliditur ex eo, quod res in spe, si hæc sit radicata, & cum aliquo rationabili fundamento potest per habentem talem spem fundatam, & radicatam vendi, & alienari, adeo vt per emptorem acquiratur illa res, cuius est illa spes per ea, quæ diximus *tom. 1. sub tit. Contractus 2. de empt., & vendit. in disquis. §. 1.* per textum *in l. si iactum, ff. de act. empt.*, ergo etiam spes illa futuræ hæreditatis, quæ radicata supponitur tum ratione suitatis, tum iure originis, tum ex dispositione iuris poterit per habentem illam renuntiari; Neque dicas, multiplicem militare disparitam quoad hæreditatem futuram comparatiuè ad spem illam in iactu retis, & similium, & primò disparitas fundatur in eo, quod ex dispositione iuris non subsistat venditio hæreditatis factæ ab hærede viuente adhuc eo, cui succedendum est, eo quia adhuc delata non est per textum *in l. 1. ff. de hæred. vel act. vend.*, in iure autem subsistit venditio iactus retis, quantumuis &c. per allegatum textum *in l. si iactum, ff. de act. emp.*, secundò in eo, quod vendens iactum retis quodamodò vendit suam industriam, & id, quod ex eadem consequetur, renuntians autem hæreditati nondum delatæ nihil sui relinquit, sed tantum aliquid, quod sine aliqua sui opera ipsi deueniet moriente eo, de cuius hæreditate agitur. Tertiò, quia vendens iactum retis vendit id, cuius ipse esset capax, si non vendidisset, pro tempore, quo effectus ponetur; renuntians autem hęreditati de futuro, cuius non esset capax, si non renuntiasset adueniente effectu per mortem sui patris, de cuius successione agitur; Contra enim impugnaberis, quia in tantum in iure prohibetur venditio hæreditatis viuente adhuc eo, de cuius successione agitur, in quantum intenditur per idem ius vitatio periculi captandæ mortis testatoris, vt explicant omnes Doctores scribentes *in dict. l. 1. ff. de hæred., vel act. vendit.*, quod certè periculum non viget in renuntiatione facta in fauorem Fratris iuxtà præsentem hypothesim, qui non est præsumendus captare velle mortem patris. Ad id, quod secundò subditur, dicendum est, quod, si venditor iactus retis renuntiat suam industriam, & id, quod ex ipsa consequitur; renuntians legitimæ, & hæreditati renuntiet iuri, quod sibi competit ratione suitatis, & iure natiuitatis, & originis, & id, quod ex eodem consequitur; non minus autem est pretio æstimabile illud ius, quod oritur iure sanguinis, ac sit pretio æstimabilis illa industria &c. Ad id, quod vltimo loco subditur, dicendum est, quod, quantumuis renuntians pro tempore mortis patris sui esset incapax ad succedendum, non officiat statui præsentis quæstionis, quia, quantumuis pro illo tempore sit incapax, non fuit tamen incapax ad disponendum pro tempore, pro quo disposuit, & pro tempore, pro quo eueniet ius actuale successionis; nam alter, qui ex tali renuntiatione recepit ius, habet capacitatem ad succedendum. Cæterum, si ex eo, quod pro tempore actualis successionis renuntians sit incapax ad succedendum, efficacitur euinceretur, quod antecedentèr non posset disponere, neque etiam venditor iactus retis posset disponere de illo iactu, quandoquidem per illam venditionem, cum ius suum ad prędam transtulerit in emptorem, non est capax pro tempore eiusdem prædæ ad illam acquirendam.

Ratio finalis, ob quam iura prohibent venditionem hæreditatis viuente Patre, non militat in hoc casu.

Ius, quod oritur iure sanguinis, & suitatis est pretio æstimabile.

Iam ijs euacuatis, me transfero ad diluendum secundum obiectum desumptum ex dispositione iuris municipalis in illo allegato statuto 284. *illa persona*, & quidem ponderando primò verba statuti clarè colligitur, casum hunc in illo nõ comprehendi; ibi enim sic legitur. *Illa persona, quæ de iure communi pro mortua ciuilitèr reputatur*,

que

quę certè adaptari nequeunt sensui nostro, quandoquidem ingressus in Monasterium capax bonorum non est ciuilitèr mortuus de iure communi, cum possit ex eodem iure succedere *auth. ingressi, C. de Sacrosf. Eccl.*, & latè probat *Sadarinus respons. 4. n. 5., & seqq., Ancharanus cons. 436. n. 6., Surdus cons. 238. n. 4, Cauagnol. consult. decis. 96. num. 6. vol. 2., Gutierez can. qq. lib. 2. c. 1. num. 97.*, vndè dicitur retinere iura suitatis, & prærogatiuas omnes filiorum, & descendentium *Gama decis. 6. num. 4., Costa Papiensis cons. 14. n. 34., Costa Siculus cons. 5. num. 30., & cons. 8. n. 12.*, & in successione tenent gradum suum *Bartolus in auth. si qua mulier, C. de Sacrosf. Eccl. Molina de primogen. hispan. lib. 1. c. 13. nu. 73.* à quibus non recedit *Carpanus ad statutum Mediol. 291. vol. 1. nu. 9. in fine*, cuius verba, cum multum conferant ad præsens institutum, literalitèr recito. *Possunt autem conciliari ha opiniones, vt prima locum habeat, quando Religio est capax, quia tunc non aquiparantur mors ciuilis, & naturalis, secunda autem, quando est incapax, quia tunc aquiparantur*, & licet ingressus in Monasterium, & in

Ingressus in Monasterium capax nō est mortuus, & quomodo

eodem professus communitèr dicatur incapax iuris proprij retinendi, hoc intelligitur quoad cōmodum proprium, & plenum ius apud se ipsum, non quando cōmodum, & ius cedit in commodum, & ius Monasterij, *Giurba de success. feud. c. 118. §. 1. glos. 7. n. 27., Surdus cons. 555., & cons. 557. n. 13 vers. dum verò in motiuis dicitur*, Cum igitur statutum hoc sit exclusiuum, & correctorium iuris

Statutum strictè interpretandum.

communis, & contra naturalem æquitatem, *Albertus Brunus de statutis art 4. n. 2.*, strictè interpretandum, & tenacitèr intelligendum ad verbum *l. 2. C. de noxa, c. cum dilectus de consuet., Baldus in l. terminato, C. de fruct., & lit. expen., & l. 1. C. de probat. l. quod verò, ff. de legi, Glosa, & Doctores in auth. quas actiones, C. de Sacrosf. Eccl.*, nec extendendum, vltrà quod verba sonant per allegata iura, sicque non debet trahi ad personas, quæ de eodem iure communi ciuilitèr pro mortuis non habentur.

8

Filij etiā viuente Patre obligant Patrem, vel cessionarios ad præstandas Monasterio annuas prestationes liuellarias.

Vlteriùs rationibus ex consequenti euincitur, quod persona in Religione capaci domini j de iure communi pro mortua nō habeatur, quandoquidem in primis in hac ditione Mediolanensi nedū post mortem Patrij filij ingredientes Monasterium per testamentum, sed etiam eodem viuente per renuntiationem obligant tum hæredes, tum cessionarios, seu renuntiatarios ad sibi, seu Monasterio persoluendas annuas prestationes, si Monasterium sit capax dominij, nec vllus est, qui huiusmodi oblationes impugnet, & hoc communis praxis obseruat. Quomodo iam haberi possunt pro mortuis, ac si essent naturalitèr tales? Quinimmò ęquè ad has annuas præstationes, quin potius fortius obligantur, ac obligentur Patres ad alimenta; Dixi *fortius*, quia, si alimenta pro aliquo tempore prætereantur, non obligantur parentes ad alimenta præterita, obligantur autem cessionarij etiam ad præstationes de præsenti omissas, & inexactas. Ex quibus argumentum efficax ad prædicta confirmanda sic efformo. Renuntiari potest iuri de futuro, quando renuntiatio fit per stipulationem, seu pactum, *Gemin. cons. 129. n. 8. vers. aut renuntiatur per pactum, Signorol. cons. 71. factum sic habet in princip., Romanus cons. 22. Pro proposita in princip. idem Signor. cons. 159. n. 5.* per textum *in l. 1. C. de pactis*, sed, quando inducitur obligatio soluendi annuas præstationes, propriè interuenit stipulatio, seu pactum, ergo &c.

Deindè ex communi praxi huius Mediolanensis ditionis a nemine impugnata; quin potius per omnium Tribunalium vota confirmata euincitur, quod Religiosi, & Religiosæ in Monasterium bonorum capaci professæ, seu professi de iure communi non habeantur pro mortuis ciuilitèr, quinimmò, nec ex iure municipali huius Mediolanensis Ciuitatis, quandoquidem admittuntur ad faciendum numerum in ordine ad obtinendam immunitatem concessam habentibus filios duodecim, quæ praxis vtique comprobat non haberi pro mortuis ciuilitèr, perindè ac, si essent mortui naturalitèr. Ex hoc etiam efficax sic efformo argumentum. Non obstante statu Religionis, in qua filij sunt professi, faciunt numerum, seu partem in fauorem Patris, & Fratrum, ergo etiam non obstante eodem statuto facere possunt numerum, & partem in fauorem fratrum suorum, si eisdem ante professionem iura sua cesserint.

9

Filij professi faciūt numerū cum cęteris fratribus existentibus in sęculo in ordine ad exemptiones.

Tandem ex pluribus declarationibus Excellentiss. Senatus hoc nostrum assertum euincitur, & primò ad fauorem Monasterij D. Pauli ex persona Monialis ibidem professæ ad hæreditatem relictam per D. Hieronymam Serbelonam. Secundò fauore Dorotheæ Meltiæ referente *Caluino c. 87. num. 19.* Tertiò fauore Suor Claræ Victoriæ Belgioiosiæ iudicio reuisionis, vbi Senatus Excellentiss. non obstante priori sententia declarauit legitimam augendam esse de triente ad semissem. Quartò fauore Monasterij Gratiarum ex persona P. Angeli Mariæ Calui, vbi Fiscus exclusus fuit per Monasterium. Quinto sub die 6. Septembris 1677. ad relationem Illustriss. Burri in causa vertente inter Iulium Cignardum, & Camillum Octauium ex Capitaneis de Figino *apud Sadarinū*, & ex alijs pluribus eiusdem Excellentiss. Senatus sententijs, quas vos ipsi videre poteritis apud *eundem Sadarinū resp. 4.*, & alibi. Nec hic ad pleniorem confirmationem omittere ope-

Variæ declarationes Senatus Excell. valdè accomodæ ad præsens institutū.

ræ pretium duxi arbitramentum Amplissimi Senatoris Lucini, quo omnibus hinc indè deductis, & consideratis declarauit deberi legitimam in semisse non obstante, quod concurrerent quatuor fæminæ, quarum tres iam erant professæ in Religione capaci bonorum.

Verba statuti excludũt successionem Monasterij non laicorum. Iterum redeo ad statutum ponderando alia verba eiusdem, *in successionem non admittatur ad partem, nec faciat partem*, vbi nota in perticulari illam particulam, *in successione*, quæ ad summum importat, vt non admittatur ad successionem; nec faciat partem in fauorem Monasterij, quod tamen ex alibi decidendis non euincit, non autem, vt impediat, quominùs coniunctus succedat in totum, quod tendit in fauorem laicorum; Quandoquidem verba statuentium, vtpotè discordantia à iure communi, ità strictè intelligenda sunt, vt minus, quam fieri potest, discordetur à iure communi; cum igitur loquantur solummodo de successione, (quod vtique intelligendum est in fauorem laicorum) non sunt vlteriùs protrahenda, vt excludant etiam laicos, si in eorum fauorem antecedentèr ad professionem disposuerint.

Verba vtpotè discordantia à iure communi sũt strictè interpretãda.

Exponitur causa finalis statuentium. Verba igitur statuti nil euincunt, quod aduersetur nostro asserto. Ponderemus iam mentem, & causam finalem statuentium, quæ duplex esse potuit; altera præcisè in fauorem agnationis, vel laicorum; altera, ne bona transeant à supposito in non suppositum propter faciliorem exactionem onerum, & iurisdictionem exercendam in personas subditas; sed hæc vtraque saluatur in suppositione, de qua hic loquimur, quandoquidem cessio, seu renuntiatio facta est in fauorem agnationis, seu laicorum, cum facta fuerit in fratres in sæculo existentes, qui subduntur iuribus Ciuitatis. Cum igitur, & verba, & mens statuentium non discordent à iure communi, nec impediant professos à facienda parte in fauorem Fratrum Laicorum, non est, cur, sicuti de iure communi possunt ante professionem disponere in fauorem Fratrum, ita non possint etiam disponere de iure municipali, quod vtpotè correctorium non est vltrà extendendum ad id, ad quod extenduntur verba, & mens &c.

10 Finis statuentium non aduersatur præsenti instituto. Iuxtà rationem finalem huius statuti deduco argumentum non inefficax ad euincendum intentum. Finis præcipuus statuti est, vt bona remaneant in agnatione, & penes laicos *Merlinus de legit. lib. 1. tit. 4. qu. 3. n. 32., Innocentius de success. munic. q. 3. n. 15. D. Bellonis de iure accrescendi c. 6. q. 15. num. 31.*, & non transeant in extraneos, sed, si bona paterna per ingressum in Religionem, & in eadem professum non cederent in fauorem Fratrum, dispositio illius statuti non cederet in fauorem agnationis; & laicorum, sed potius in eorum odium retorqueretur contra textum *in l. quod fauore, C. de legibus*, ergo &c.

Hæc, quæ hactenus dicta sunt, tendunt ad comprobandum casum hunc non comprehendi in dispositione statuti. Cæterum, quod statutum hoc non subsistat, nec obliget ingredientes Religionem concludentissimè euincit *Dondeus consult. 36.*, & alij, tum quia vtpotè impeditiuum status Religiosi est contra ius Diuinum, adeoque nullam habens vim, tum quia est in odium Religiosorum, cum non excludat alios, qui ciuilitèr mortui reputantur, tum quia prout disponunt de Religiosis, disponant de personis, in quibus nullam habent potestatem statuentes. Vide eundem *Dondeum loco cit., & Sadarinum respons. 4.* Statutum est noxiũ Religionis.

---

§. XIV.

An ingressi Monasterium, & ante professionem renuntiantes bonis maternis viuente adhuc Matre faciant partem in fauorem Fratrum, si eisdem sua iura cesserint.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ, & rationes dubitandi. 1.
Diuiditur controuersia in tria dubia, & qualia. 2.
Legitima debetur filijs æque in bonis paternis, ac maternis. 3.
Filij viuente matre Monasterium ingressi, si bonis eiusdem cesserint in fauorem fratrum, faciunt partem pro illis. 4.
Ingressus in Monasterium facit numerum in fauorem Fratrum suorum ad augendam legitimam de triente in semissem. 5.
Monasteria mendicantium possident bona immobilia. 6.
Fæmina etiam ingressa Religionem cedentes bonis maternis in fauorem Fratrum suorum faciunt partem pro illis. 7.
Satisfit principali fundamento partis contrariæ. 8.
Habens ius ad legitimam dicitur potius creditor, quam successor. 9.
Quoad legitimam, tàm masculi, quàm fæminæ ingressi Monasterium, si ante professionem cesserint bonis maternis in fauorem fratrum augent eorundem portionem non obstante, quod mater in vltimo testamento eos non vocauerit. 10.

Disquisitio XIV. Iuxtà terminos præcedentis disquisitionis Caius, & Califronia progenuerunt ex eodem matrimonio

nio filios masculos nouem, & filias tres, & postea Caius è viuis decessit. Viuente adhuc matre Califronia in statu viduitatis quatuor ex prædictis filijs masculis, & duæ fæminæ ingressi, seu ingressæ sunt Monasterium, & ante professionem renuntiarunt omnibus suis iuribus, tàm paternis, quàm maternis in fauorem fratrum in sæculo existentium. Rebus sic stantibus Califronia mater transiuit ad secunda vota, & ex secundo marito progenuit filium masculum, & postea condito suo vltimo testamento, in quo solummodò vocauit filios ex primo matrimonio in sæculo existentes, & pro sua portione etiam filium ex secundo progenitum è vita decessit. Hic in diuisione bonorum maternorum inter filios primi matrimonij in sæculo existentes, & filium secundi orta est controuersia, an bona diuidenda essent per capita solummodò inter ipsos, non attentis fratribus in Religione existentibus, an verò eisdem attentis, adeòvt, si non faciunt partem ratione sui, faciant tamen fauore fratrum sæcularium vtrique sibi coniunctorum.

1 Exponitur, & elucidatur tota series facti in casu particulari, qui in dicto nūc agitur.

Pro clariori elucidatione huius controuersiæ eam in tres partes diuidemus, in prima inquiremus, an renuntiatio facta per ingressos in Religionem adhuc viuente matre, renuntiatarijs ita prosit, vt absolutè in bonis maternis faciat partem ratione ipsorum, ratione cuius id ipsi debeant consequi, quod fuissent consecuturi Religiosi; si statum Religionis non suscepissent, vel etiam de iure communi suscepissent fauore Religionis, seu Monasterij, si bonis illis non renuntiassent. In secunda inquiremus, an fæminæ etiam Moniales, quæ ante professionem renuntiationem fecerunt, tam bonis paternis, quam maternis augeant portionem suorum fratrum ex primo matrimonio in sæculo existentium, seu faciant partem pro ipsis. In tertia inuestigabimus, an, cum mater decesserit, & in suo vltimo testamento filios Religiosos, filiasque Moniales prætererit possint renuntiatarij eorum, seu earum agere aduersus bona materna pro legitima tantum fratrum, & sororum, quæ renuntiarunt, an verò etiam ad integram partem hæreditatis maternæ, quæ eos contingeret, si non renuntiassent, vel ingressi fuissent Religionem.

2 Tria dubia excitata in ordine ad præsentē controuersiam.

Aduerte, legitimam deberi filijs non solum in bonis paternis, sed etiam maternis, & quidem quoad paterna nulli dubium esse potest, quoad materna verò clarè habetur in *l. si quæ illustrius, C. ad orif., Glos. in §. nomine instit. ad orific., Coaruuias de spons. part. 2. c. 8. §. 4. n. 15., Surdus de aliment. tit. 1. qu. 15. nu. 5.* Rursus legitima non solum masculis, sed etiam fæminis debetur per ea, quæ ex communi docet *Merlinus de legit. lib. 3. tit. 1. qu. 6. nu. 5. vers. primo, quid de iure communi.*

3 Legitima debetur filijs etiā de bonis matris.

Respondeo primò, filij viuente matre monasterium ingressi, & in eodem professi, si antecedentèr renuntiauerint omnia sua iure, tam in ordine ad bona paterna, quam materna in fauorem fratrum suorum in sæculo existentium faciunt partem in fauorem eorundem, adeòvt transeunte matre ad secunda vota bona ipsius dotalia in fauorem fratrum prioris matrimonij cessionariorum sint diuidenda inter ipsos, & filium secundi matrimonij seruato iure cesso per Religiosos renuntiantes, non autem eodem excluso. Hæc responsio eisdem iuribus, & rationibus innititur, quibus responsio secunda præcedentis disquisitionis, non enim inanis redditur eorum renuntiatio ex eo, quod illa bona nondum fuerint plenè quæsita eisdem fratribus renuntiantibus, cum adhuc mater viueret, nec ex eo, quod per allegatum statutum, *illa persona*, excludantur per ea, quæ ibi fusè dicta sunt, quæque hic sunt applicanda; si enim ingressi, qui sic renuntiarunt, faciunt partem quoad bona paterna fauore cessionariorum, cur non facere poterunt partem fauore eorundem quoad bona materna? Certè eodem iure, quo debetur filijs legitima in bonis paternis, debetur etiam in maternis, vt supra allegata iura, & Doctores docent *Bartolus in auth. excipitur, C. de bon., quæ lib. Galeatus de renunt. cont. 1. renunt. 25. nu. 43.*, & eodem iure succedunt ab intestato in bonis vtriusque per vulgatissima iura.

4 Renuntiatio tenet, & cedit in fauorem fratrum cessionariorum.

Eædem rationes militant de hæreditate materna, quæ de paterna.

Vlteriùs tamen procedendo in terminis particularibus dotis maternæ sic euincitur responsio, quia mulier transeundo ad secunda vota existentibus filijs ex primo matrimonio non potest absolutè disponere de sua dote in fauorem secundi mariti, sed eidem tantum potest concedere, quantum debet habere vnus ex filijs, qui minus fuerit consecutus *Alexander cons. 122. num. 14. cons. 124. nu. 3., & cons. 158. lib. 5., Rolandus de lucro dotis qu. 35., Thanutius de lucro dotis glos. 10. nu. 33., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 12. tit. 16. num. 14., Tuscus verb. Dos concl. 725. num. 23., Bossius de dote cap. 8. n. 128.* per textum *in l. hac edictali in princip. C. de secundis nuptijs, & l. si constante, §. penultim. C. de donat. ante nuptias*, ergo filij ex primo matrimonio viuente adhuc matre ius habent quoad bona materna dotalia, si non ad effectum, vt illa de facto consequantur, ad effectum saltem, vt ius habeant de præsenti, quamuis effectum tantum sortiri possint de futuro post mortem eiusdem matris, adeo vt nequeat mater viuens in illorum præiudicium de illis disponere, ergo filij prioris matrimonij habentes ius de præsenti poterunt de illo disponere per re-

Arguit fortius ius in ordine ad bona dotalia matris.

renuntiationem in fauorem fratrum suorum, quod certè arguit fortiùs ius filiorum in ordine ad bona dotalia materna transeunte matre ad secunda vota, ac in ordine ad bona paterna, cum pater viuens possit absolutè disponere de suis bonis &c.

Vlteriùs stando in his terminis sic procedo, quia mulier transiens ad secunda vota de iure communi tenetur non alienare bona dotalia in præiudicium filiorum suorum primi matrimonij *l. si constante, & ibi Angelus, & Salicetus ad fin. C. de donat. ante nuptias, Carpanus super stat. Mediol. c. 298. n. 310.*, nec hoc attendendum præcisè est quoad ea, quæ remanent tempore mortis binugijs parentis, sed tempore contracti matrimonij secundi, ne fraus liberis primi matrimonij fiat *Salicetus in d. l. si constante in fin. C. de donat. ante nupt.*; de iure verò municipali aliquarum regionum est, quod, si mater transeat ad secunda vota, teneatur relinquere duas tertias partes suorum bonorum filijs primi matrimonij *Petrus de Ancharano cons. 101. ex prædicto themate in princip. vers. secundo pro vers.*, quod vtique fundatur in iure, quod habet filius in bonis maternis præcipuè quoad suam legitimam; ex quo deducitur fortiùs argumentum ad probandum, quod, si mater adhuc viuens non potest disponere de suis bonis dotalibus, ne præiudicium filijs primi matrimonij inferat, vtique ijdem filij adhuc viuente matre, & transeunte ad secunda vota ius habeant de facto in eisdem bonis dotalibus, quantumuis effectum non possint consequi, nisi post mortem eiusdem matris, ergo de illis poterunt disponere per renuntiationem in fauorem fratrum suorum.

Mater transiens ad secunda vota nō potest alienare bona dotalia.

Hoc etiā arguit ius filiorū in bona dotalia matris.

Vlteriùs sic in eisdem terminis vrgeo, quia, si filius familias quitauerit bona paterna, adhuc tamen numeretur inter liberos, facitque patrem in legitima, licet ad partem non admittatur *Guido Papa q. 599. num. 1., & seq., & quæst. 295. n. 1., Tholosanus sintag. iur. vniu. part. 3. de actionib. lib. 41. c. 2., Baldus in l. si actionem, C. de pactis, & in l. si defunctis de suis, & legit., Petrus Iason. in tit. de condit. ex l. omnimodò ex testamento cumulata in quæstione, quæ incipit, sed quid erit, si filius*, & quod per ipsum in tali quitatione relinquitur, accrescit hæredi Patris, ni fortasse ipse quitans, seu renuntians cesserit in fauorem alicuius ex fratribus *idem Tholosanus in sintag. iur. vniu. part. 3. de act. lib. 41. cap. 2.*, ergo etiam, si filius ante ingressum in Religionem renuntiauerit in fauorem fratrum suorum, relictum eisdem fratribus accrescet, facietq; partem in fauorem ipsorum; hæcque eque militant, siue quitauerit, seu renuntiauerit bonis paternis, siue maternis, cum æquale ius habeat, quinimmò fortiùs in bona materna transeunte matre ad secundas nuptias per superiùs allegata iura, & rationes.

Argumētū efficax ad præsēs institutū.

Æquè militat quitatio, & renuntiatio.

Neque his, quæ dicta sunt, obesse potest statutum Mediolani in præcit. c. *illa persona*, prout latè diximus supra, quandoquidem in primis eędem militant rationes, quæ militant in bonis paternis, adeoque quæ dicta sunt supra de illis, vim habent in eisdem terminis in istis. Sed his iam tanquam in concussis suppositis ad vlteriora me confero. Statutum illud *illa persona* non tollit, quin ingressus Monasterium faciat numerum fauore fratrum suorum ad augendam legitimam de triente in semissem, *Caluinus de æquitate cap. 87., Innocentius de successione municip. qu. 32., Sadarinus respons. 43. num. 3., Salgad. labirint. credit. part. 2. cap. 11. nu. 64.*, vbi refert decisionem Rotæ Rom., *Rubeus in singularibus circa stilum, & obseruantiam, Rota Rom. part. 2. in verbo legitima num. 2.*, atque ità definitum non obstante statuto ab Excellentis. Mediolani Senatu refert *Caluinus in cap. 87. num. 19.* in causa Dorotheę Meltiæ ad relationem Magnifici Trotti, & in causa reuisionis Claræ Victoriæ Belgioiosiæ, ergo etiam ad fauorem fratrum renuntiatariorum non tollit, quin ingressi Monasterium possint facere partem ad augendam ipsorum portionem. Consequentia tenet, quia causa, propter quam non tollitur, quin faciat numerum fauore fratrum suorum, militat etiam, ne tollatur, quin faciat partem fauore eorundem; intantum enim diceretur, quod non faciant partem fauore ipsorum, in quantum per professionem intelliguntur mortui sæculo ciuilitèr, perindè, ac si essent naturalitèr tales, sed hæc ratio non militat, quia, si essent mortui talitèr, ac si essent naturalitèr tales, nec facerent numerum, quia mortui naturalitèr absolutè, nec faciunt numerum, nec partem, ergo, si faciunt numerum, non perindè se habent, ac si essent mortui naturalitèr. Quamobrem semper recurrendum est ad finem statuti, quod solum est Religioni noxium, & fauorabile agnationi, qui vtique finis saluatur in hypotheli præsentis disquisitionis, quando quidem per talem renuntiationem, & consulitur fauori agnationis, & Monasterium excluditur a iure succedendi, vt per se patet, quod tamen ad summum intelligendum est ab intestato.

5 Ingressus in Monasteriū facit numerum fauore fratrum suorū ad augendā legitimā de triente in semissem.

Decisione Excell. Mediol. Senatus.

Semper recurrendū est ad finem statuti.

Finis statuti saluatur in præsenti hypothesi

In fortioribus terminis procedit hæc nostre assertio post *Tridentinum sessione 25. c. 3.* vbi statuit omnia Monasteria, tam virorum, quam mulierum etiam mendicantium exceptis minoritis posse bona immobilia sine vlla exceptione possidere, quod, cum ex iussu Potentissimi Regis nostri sine vlla penitus limitatione receptum sit in hac Mediolanensi Prouincia, procul dubio videtur ex directo aduersari patrię statuto,

6 Monasteria mendicantiū exceptis minoritis possunt bona immobilia possidere.

eiusque

eiusque rigorem tollere, si est, prout est de facto, tale concilium in viridi obseruantia.

Per ingressum precisè in Religionem non reputatur mortuus ciuilitèr.

Tandem statutum hoc, de quo loquimur, non prohibet, quin Religionem ingressus possit antecedentèr ad professionem de bonis suis disposuere, nec antecedentèr ad eandem personam ingressam ità mortuam ciuilitèr reputat, ac si esset mortua naturalitèr; nam secus etiam mortuo patre non posset disponere, nec in fauorem Monasterij, nec in fauorem aliorum ab ijs, qui succedere deberent ab intestato, quod tamen est contra cõmunem praxim, secundum quam quandoque ingressi post mortem patris, vel in toto, vel in parte hæredem Monasterium constituunt, vel alios pro libertate reseruando Monasterio ad propriam vitam ius ad annuas præstationes, quod à nemine impugnatur. Quod, si dicas, hæc rectè procedere, quia filius post mortem patris plenum ius in bonis eiusdem acquisiuit de præsenti, qui propterea non prohibetur de illis disponere, non sic procedere viuente adhuc patre, vel matre quoad bona respectiuè ipsorum, quandoquidem non acquirit aliquod ius, nisi post ipsorum mortem, adeoque &c., & sicuti, si viuente patre filius de iure suo, quod habet de futuro disponeret, vel per renuntiationem, vel per liberam cessionem, & postea naturalitèr præmoreretur patri, vel matri renuntiatio illa in fauorem cessionariorum non subsisteret, ità, si altero illorum viuente filius de iure, quod habet de futuro quoad eorum bona, disponeret in aliorum fauorem, & postea profiteretur in Religione ante mortem patris, vel matris dispositio non tenere dicenda est, quandoquidem per professionem ità constituitur mortuus ciuilitèr, ac si esset talis naturalitèr. Si, inquam, hæc dicas; statim impugnaberis, & primò, ergo non est ità mortuus ciuilitèr per professionem, vt reputetur pro mortuo naturalitèr contrà id, quod aduersarij inferunt ex statuto. Consequentia probatur, quia, si per Professionem ità esset, ac si esset mortuus naturalitèr, nec ipse, nec Monasterium posset eidem succedere ex testamento, quandoquidem mortuus non succedit; si igitur post mortem patris potest disponere in fauorem Monasterij, consequitur, quod non sit talitèr mortuus, ac si esset mortuus naturalitèr. Huc adduci possunt ea omnia, ex quibus statuto non refragante euincitur Religiosum professum non reputari pro mortuo naturalitèr, & primò reseruatio iuris ad annuas præstationes soluendas, vel sibi, vel Monasterio durante eius vita; secundò computatio eiusdem in numero fratrum suorum ad augendum numerum in ordine ad immunitatem ab oneribus concessum habentibus duodecim filios viuentes. Tertiò translatio iuris emphytheutici, quo gaudet ingrediens Monasterium, quodque transfert in idem Monasterium durante eius vita per ea, quæ tradita sunt *tomo 1. sub tit. Contractus 4. de emphytheusi, & censibus prænot. 8. num. 21.* Quartò successio eiusdem, vel Monasterij ex testamento per alterum condito in fauorem ipsius, vel Monastarij intuitu eiusdem, quæ omnia admittuntur omnibus tribunalibus consentientibus in hoc Mediolanensi dominio, ex quibus à simili deducitur, quod non reputentur pro mortuis naturalitèr etiam in ordine ad ea, de quibus hic controuertitur; argumentum autem à simili in iure plurimum pollet *Euerardus in sua top. arg.* Deindè ex hoc ad summum infertur, quod non possit disponere, quia non habet ius in illis bonis de præsenti, quod tamen ex superiùs dictis non subsistit, non quia habeatur pro mortuo naturaliter, cęteroqui nec posset succedere ex testamento, nec supranarrata iura transferre in Monasterium, cui tamen aduersantur *Bimius cons. 88. nu. 5. vers. minùs obest, & n. 6., Carena resol. 128. num. 23., & resol. 232. n. 13., Peregrinus decis. Patauin. 73. num. 10., Castrensis cons. 279. num. 1. ad fin. vol. 1., Cumanus cons. 48. num. 2., & 4. vers. ad hoc facit* volentes absolutè ex testamento posse succedere. Dicere deindè, quod pro tempore mortis patris, vel matris, pro quo solummodò poterat ius acquirere in bonis illius, fit incapax succedendi propter professionem emissam, ratione cuius ex statuto habetur ità mortuus, ac si esset naturalitèr talis, non demit aliquod ius eiusdem in ordine ad renuntiationem iam factam, nam in primis ex suprà probatis non habetur pro talitèr mortuo, deindè licet ità ipse sit mortuus in ordine ad successionem quoad se, quod tamen absolutè negatur, viuit tamen quoad fouendum ius, quod transtulit per renuntiationem in fratres, quorum iuri vigore renuntiationis ius illud per se renuntiatum accrescit per ea, quæ docent *Tholosanus in sintag. iur. vniu. part. 3. de act. lib. 41. cap. 2., & Guido Papa qu. 599. n. 1., & seq.*, & sicuti viuit ad faciendum numerum & augendum in eorum fauorem legitimam, & inducendam immunitatem quoad onera, si ipse impleat duodecimum numerum filiorum, ita non est, cur non viuat ad fouendum ius, quod in eosdem transtulit per renuntiationem, potissimum cum per hoc maximè faueat fini statuentium seruandi bona in agnatione.

Si ingressus in Monasterium potest disponere mortuo Patre, is non est mortuus naturalitèr.

Viuit quoad fouendum ius, quod transtulit in cessionarium.

Pro complemento non modicum fauet huic nostro asserto id, quod egregiè consuluit *Ioseph Dondeus in sua consultatione 36. à nu. 42. vers., quod attinet ad tertiam causam vsque ad fin.* in quo docuit illud statutum, *illa persona*, non comprehendere Ecclesiasticos vti non subditos per ea, quæ scripsit *Baldus in l. Deo nobis, §. hoc etiam C. de Episc., & Cler.*

Statutum Mediolanense nõ afficit Ecclesiasticos, vti non subditos.

& Cler. n.8., nec obesse potest, si asseratur, dispositionem statutariam referri ad illud tempus, pro quo sic renuntians adhuc esset subditus, cum in illo dicatur, *ac si naturalitèr, ac verò esset mortua, antequam reputari posset pro mortua*; Non, inquam, obesse potest, quandoquidem Nouitius pro tempore probationis non habetur pro mortuo, sed pro tempore solummodò, pro quo professus est, quandoquidem pro illo tempore liber est ad profitendum, vel non profitendum, ad perseuerandum, vel non perseuerandum, & si decesserit pro illo tempore, nec de iure communi succederet Monasterium, sicuti succederet, si esset professus per ea, quæ docuit *Panormitanus in c. in præsentia 8. de probationibus num. 68., Lambertengus de contract. mulier glos. 2. num. 70.*, & tamen Nouitius non subest potestati Principum sæcularium, sed immediatè potestati Ecclesiasticæ per ea, quę accumulat *Lambertengus de contract. mulierum glos. 2. num. 19.*, hocque colligitur *ex glos. in cap. Religioso, §. vlt. de sent. excomm. in 6., & in cap. beneficium 4. de regular. item in 6., Decian. rer. crim. lib. 4. c. 9. num. 24., Crassus de effect. Cler. eff. 1. nu. 78., Ancharanus cons. 69. n. 7., Iason in auth. si quæ mulier, C. de Sacros. Eccl. num. 19., Suarez in defens. Fid. Cath. contra Regem Angliæ lib. 4. de immunit. Eccl. cap. 30. num. 5.* Cum igitur statuentes dixerint *antequam reputari posset pro mortua*, certè respexerunt dumtaxat tempus immediatum ante professionem, cum per illam dumtaxat reputentur Religiosi mortui, quod certè considerauit *Altiatus cons. 32. apud Alb. vol. 1. n. 10.*, dum dixit. Qui statuto Mediolani habentur pro mortuis hora præambula, qua fecerunt professionem; pro illo autem tempore probationis ante professionem statuentes nullam habent potestatem in ipsos; adeoque ipsos nequeunt ligare. Hæc expressè, & eruditè *Dondeus d. consult. 36. loc. cit.*

Nouitius non habetur pro mortuo, & tamen non subditur iuribus laicalibus.

Respondeo secundò, fœminæ etiam ingressæ Religionem, si ante professionem renuntiationem emiserint in fauorem fratrum suorum faciunt partem in fauorem eorundem, adeo vt transeunte matre ad secunda vota bona dotalia sint diuidenda inter filios primi matrimonij in sæculo existentes, & filios secundi, sed cum additamento partis renunciantium in fauorem illorum primi matrimonij, quibus facta est renunciatio.

7 Fæminæ etiam cedentes fratribus suis faciũt partem pro illis.

Ratio generalis huius nostræ responsionis ea est, quia ex genere suo huiusmodi fæminæ ius habent, vt succedant saltem quoad legitimam in huiusmodi bonis maternis, vndè, si quæ ratio obstaret, vel ea esset, quia per statuta Mediolanensia *in c. 278., 279., & 280.* excluduntur fæminæ existentibus masculis à iure succedendi, vel quia, quamuis non excluderentur ratione sexus, excluduntur præcisè ratione status Religionis per allegatum statutum *Illa persona*, sed nulla ex his rationibus obstat, ergo, &c.

Non prima, quia in primis, vt expressè habetur *in statuto 278. in successionibus ascendentium* expressè præcipitur, vt fœminæ descendentes debeant temporalitèr, vel spiritualitèr dotari. Ibi- *teneantur tamen ipsi masculi eo casu corporalitèr, vel spiritualitèr dotare*, sed quando filię intelliguntur dotatæ non solum ampliant numerum, sed etiam supplementis suarum legitimarum impugnant portiones masculorum, non obstante statuto eas excludente existentibus masculis *Baldus in l. si defunctus, C. de suis, & legit., Ioannes de Monte Sperello quem allegat, Corneus cons. 197. nu. 2. vol. 1., Altiatus resp. 479. num. 12., Socin. cons. 84. sub num. 9. vol. 1., Albertus Brunus de stat. exclud. fæmin. art. 14. qu. 3. num. 45., Bossius in pract. tit. de bono publ. sub num. 2. vers. decisum fuit, Ioannes Cephalus cons. 245. num. 12., & seq., Curtius sen. cons. 5. num. 3., Paris. consult. 53. num. 57., & cons. 25. num. 39. lib. 2., Socin. Iun cons. 25. num. 4. lib. 1.*, rationemque adducunt, quia dos in ista hypothesi loco legitimæ succedit, & filiæ dotatæ non desinunt esse de liberis saltem quoad effectum calculandi legitimam *Michael Crassus lib. sententiarum, §. legitima quæst. 7. n. 4. vers. aut verò statutum*, quod potissimum verificatur, quando per statutum excluduntur fæminę contemplatione masculorum *Paris. cons. 36. n. 29. vol. 2.*, & prodest masculis exclusas in numero liberorum computari, vndè notat idem *Crassus loco cit.*, quod, si filiæ exclusæ habeant paruam dotem, tunc augent filiorum numerum, & residuum, quod superest vltra paruam dotem, accrescat masculis.

Fæminæ debent, vel temporalitèr, vel spiritualitèr dotari.

Accedit, quod huiusmodi statuta non excludunt fœminas explicitè, sed solummodò masculos præferunt; vbi autem masculi tantum præferuntur certè, quod dos succedit loco legitimæ, & fæmina facit numerum, & auget legitimam masculorum *Altiatus in cons. 31. dub. 2. num. 12. lib. 9., Castrensis cons. 286. col. 2. versus fin. vers. nam filia non totalitèr excluduntur, Hondedeus cons. 1. num. 105. lib. 2., Bossius de dote pag. 250. num 70., Merlinus de legitima lib. 3. tit. 1. qu. 8. num. 29., Crassus in §. legitima q. 7. n. 5., & seqq., Eugenius cons. 33. num. 7.*

Statutum non excludit fęminas, sed præfert masculos.

Accedit secundò, quod fæminæ non excluduntur, nisi vt dotatæ, nam si dotatæ non fuerint, ex vi eorundem statutorum admittuntur ad tertiam partem illius portionis, quam habituræ fuissent de iure communi, & sic ad legitimam loco dotis, quinimmò in ea hypothesi finguntur hæredes à principio. Ibi, *ac si fuissent hæredes à prin-*

Fæminæ non excludũtur, nisi, vt dotatæ.

principio pro tertia parte, & sic conditio dotationis, vel admissionis ad illam portionem præcedit exclusionem earundem fæminarum; & sic rectè deducitur, quod dos succedat loco legitimæ *Botta cons*. 70. *n*.14. non ergo excluduntur à sua legitima; sicque docent, quod filia renuntians hæreditati paternæ, vel maternæ faciat numerum ad augendam semissem *Mansius de te. stamento valido, vel inualido ex parte legitima tit*.12.*nu*.33., *Ferrer. in addit. ad Guidop. decis*. 295. *versic. verior tamen*, maximè, si renuntiationes factæ fuerint fauore fratrum, vt in hypothesi nostra *Galleratus de renunt. cent*. 1. *renunt*.25. *sub n*.307. *vers. quoties maximè*, *Caluinus in dub. concl*.880., & masculis in sæculo existentibus expediat, vt dos renuntiantis in proprium fauorem succedat loco legitimæ, vt quia ageretur, quod filia faceret partem ad augendam legitimam, *Merlinus de legitima lib*. 3. *tit*. 1. *q*. 8. *n*. 27.

Secunda ratio, quæ potest obesse.

Non secunda, propter rationes, quas latè suprà adduximus ad probandum Religiosos professos in Religione capaci, ex vi statuti, *illa persona* non excludi, quin faciant partem in fauorem fratrum renuntiatariorum in sæculo existentium, quæ certè rationes ex hoc capite æquè probant pro fæminis in Monasterio capaci professis. Quibus vnam, vel alteram addo rationem. Prima est, quia statutum illud, *illa persona*, potissimum inductum est in fauorem agnationis, seu fratrum in sæculo existentium, vt scilicet bona illa in agnatione conseruentur, & sæcularibus in tali agnatione, à quibus facilius exigi possunt onera, vnde *Bellonus de iure accresc. c*.6.*q*.15. *num*. 31., asserit, quod mens statuentium fuit, vt masculis prospicerent, in sæculo existentes plus de paterna, vel materna substantia fruerentur, quam essent habituri iure cõmuni; nam, si etiam Religiosi admitterentur, partem bonorum paternorũ, vel maternorum in extraneos, scilicet in Monasteria transferrent; sed, si in hac hypothesi Religiosi, seu Religiosæ renuntiantes non facerent partem in fauorem fratrum in sęculo existentium, statutum illud potius cederet in eorum detrimentum, quam in fauorem, quandoquidem faueret extraneo, idest vitrico, ergo, ne quod in eorum fauorem inductum est trahatur in eorum perniciem, asserendum est, quod statutum eos non excludat ad faciendam partem in fauorem fratrum in sęculo existentium, sed ad summum ad succedendum, vel per se, vel per Monasterium *l. quod fauore, C. de legibus*. Secunda est, quod in hypothesi, de qua loquimur, fæminæ huiusmodi sunt in Monasterio capaci bonorum professæ, & ad vitam consequuntur annuas præstationes, & sunt capaces succedendi ex testamento in tota hæreditate, ergo ex vno capite non ita habentur pro mortuis, ac si essent naturalitèr tales, ex alio capite, si ita viuunt pro sui commodo in prædictis, cur dici non poterunt viuere ad commodum fratrum suorum, quorum contemplatione sunt exclusæ?

Statutum potius cederet in detrimentum fratrum in sæculo existentium.

Hic vnum dumtaxat remanet fundamentum euertendum, in quo tota basis sententiæ oppositæ videtur inniti. Dicunt enim, quod statutum ipsum debet aliquam vim habere, & in aliquo saltem casu verificari, ne dicantur statuentes aliquid inutilitèr decreuisse. Quomodò autem verificaretur, si vel Religiosi succederent, vel partem facerent ratione fratrum suorum? Sed facilè hoc fundamentum euertitur, si dicatur, statutum, vtpotè correctorium iuris communis, & contra naturalem ęquitatem strictissimè esse accipiendum, & prout verba iacentia sonant, vt colligitur, *ex Statut*. 173. *ibique*, *Carpanus vol*. 2., nec alitèr interpretandum. Iam attende verba statuti *Illa persona, quæ de iure communi pro mortua ciuilitèr reputatur in successione non admittatur &c*. Considera vlteriùs illud verbum *in successione*, & nota cum *Tambur. de iure Abbatis dist*.8.*q*.10. *ante n*.5 *pag*.94., *& sub num*. 9. *pag*. 95. *col*. 2. *in medio* aliud esse ius succedendi, aliud ius legitimæ; nam ius succedendi dimanat ex principijs ciuilibus per ea, quæ notant *Caruallus de vna, & altera* 4. *pag* 14. *part*. 1. *num*.81., *Rota Roman. post Merlinum de legit. in decis*. 170. *num*. 1., *&* 6., *Vasquius de successionum progressu lib*. 1. §. 1. *num* 125; ius legitimæ ex iure naturæ, seu iure simplicis filiationis; illud est ius vniuersale, hoc singulare; illud habens dicitur successor, istud habens dicitur potius creditor, quam successor *Merlinus de legitima lib*. 2. *tit*. 1. *qu*. 16. *n*. 7., *Sadarinus in sua consult*. 43. *num*. 22. Quibus suppositis dic iam ad summum verificari statutum quoad terminos successionis legalis vniuersalis, non quoad terminos simplicis legitimæ, quæ de iure debetur, nec per iura positiua tolli potest, nisi ex causa exprimatur.

9 Aliud est ius legitimæ, aliud ius succedendi.

Dixi, *ad summum*; non enim verum existimo iuxtà præallegata, quod, si fuerit professus, vel professa in Monasterio capaci dominij, seu bonorum non possit, vel succedere, vel meliorem facere partem in fauorem fratrum in sæculo existentium, si in eorum fauorem eisdem bonis ęesserit, maximè cum eis non sit sublata facultas disponendi ante ingressum, prout in terminis nostris docent *Landerch. cons*. 74. *n*. 29. *vers., & de iure Riminaldus Iun. cons*. 85. *n*. 30. *& sequ*., & fatetur Regius olim Aduocatus Fiscalis, & deinde Senator Marcus Antonius Montius in sua consultatione, quam per extensum refert *Sadarinum in suo*

responso 5. num. 26. Quamobrem, si magis generalem casum velis inquirere, in quo statutum illud, *illa persona*, vim habeat, & verificetur, respondent aliqui verificari dumtaxat, quando persona profitetur in Monasterio incapaci bonorum, secus autē, quando in Monasterio capaci; sed haec responsio non leues patitur difficultates, quandoquidem nihil adderet hoc statutum supra ius commune; secundum quod incapax non potest succedere; sicque non esset correctorium illius, vt rectè obseruauit *idem Regius Aduocatus Fiscalis Montius n. 32.*

Statutum verificatur, quādo ante professionem nihil disposuit.

Quamobrem, quantum pertinet ad praesentem nostram hypothesim dicere possumus, statutum suam vim ad summum habere, ne succedat ab intestato, vel, quando professus antecedentèr nihil de iure suo, vel in fauorem Monasterij, vel in fauorem aliorū disposuit, secus, quando ante professionem, vel in fauorem Monasterij, vel fratrum, ante disposuit, quod videtur conforme menti statuentium, nec ab hac interpretatione videtur discordare idē Montius, dum statuit, posse ante ingressum disponere.

Neque dicas, quod ipsum statutum reddat inhabilitatem ad disponendum, seu, quod pro eo tempore sit impotens ad disponendum, cum pro illo tempore non habeat ius aliquod de facto, seu in re; contra enim impugnaberis, quia ex hoc ipso, quod statutum vtpotè correctorium iuris communis disponat, quod non possit succedere, adeoque priuet iure successionis, supponit habere habitum ad succedendum cum priuatio supponat habitum; ergo, si habet ius, vtique de illo poterit disponere, cum pro illo tempore, pro quo disponit, non sit incapax.

10 Augent portionē etiam nō vocati in testamēto Matris

Respondeo tertiò, saltem quoad legitimam, tam masculi Religionem professi, quam foeminae iam professae in Monasterio capaci augent etiam in bonis maternis non obstante, quod eadem mater in suo vltimo testamento eos non vocauerit, portionem fratrum suorum vtrique coniunctorum ad ratam eorum, quae eisdem deberent contingere, si non fuissent professi cum exclusione quoad eandem legitimam alterius filij ex alio matrimonio. Ratio ex ijs deducitur, quae suprà latè dicta sunt, nec in hoc diutius immorandum; quinimmò, nec improbabile censeo, fratres Monasterium ingressos augere eorum, in quorum fauorem facta est renuntiatio, portionem quoad integram ipsorum partem, sorores verò vsque ad tertiam partem eorum, quae eisdem competerent de iure communi. Ratio non improbabilis ea esse potest, quia vbi nihil dispositum est in testamento, si professionem non emisissent, aequis portionibus, & per capita succedere deberent cum caeteris fratribus, vt est conclusio indubitati iuris, ergo eisdem portionibus succedere debent eorum fratres in saeculo superstites, quibus ipsorum iura per renuntiationem cessa sunt. Quoad foeminas verò ex eo deducitur, quia per statuta earum portio decernitur ad ratam tertiae partis eorum, quae eisdem contigissent de iure communi, prout expresse habetur in statuto 279.

---

§. XV.

An, & quando actio hypothecaria possit simul cumulari cum personali in eodem libello contra debitorem, vel alios.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiae. 1.
Creditor agendo contra principalem debitorem potest in eodem libello cumulare simul actionem personalem, & hypothecariam. 2.
Potissimum est haec potestas cumulandi, quando debitor exciperet de praescriptione. 3.
Possunt cumulari huiusmodi actiones etiam contrà fideiussorem possidentem pignus. 4.
Personalis actio, & hypothecaria non possunt simul cumulari, si simul agatur contra debitorem, & tertium possessorem, sed inter eos debet seruari ordo. 5.
Decedente principali debitore debet prius agere contra haereditatem, quam contra possessorem tertium. 6.
Debet prius agere personali contra fideiussores, quam hypothecari contra possessorem. 7.
Non requiritur priùs excussio principalis debitoris, quando notoriè constat non esse soluendo. 8.
Nec quando iam lite incussa contra debitorem ipse debitor alienaret bona hypothecaria. 9.
Contra tertium possessorem non potest simul cumulari actio personalis, & hypothecaria. 10.

DIsquisitio XV. Creditor erat Antonius aduersus Theodoricum de certa pecuniae quantitate ex quodam titulo, vel contentione, quae secum trahebat hypothecariam in certis rebus, & determinatis, vel forte etiam in omnibus. Possidebat adhuc Antonius ex bonis hypothecae subiectis ex illo debito, vel fortè plurima transtulerat in Caium tertium possessorem. Agere iam intendebat idem Antonius ad consecutionem sui crediti. Hic orta fuit controuersia, an idem Antonius posset cumulare in eodem libello actionem personalem simul, & hypothecariam,

1 Proponitur status difficultatis.

riam, siue agendo contra debitorem, siue etiam contra tertium possessorem.

2 Respondeo primò, creditorem agendo contra principalem debitorem posse in eodem libello cumulare simul actionem personalem, & hypothecariam. *Negusantius de pignor. memb. 1. oct. partis n. 9.* Hoc expresse colligitur *in auth. de fideiussor, §. sed neque*; nec incongrua sanè ratione, quandoquidem huiusmodi actiones, cum coadunentur in eodem subiecto, aequale ius tribuunt agenti, vel ad vnam, vel ad alteram actionem, vel ad vtramque simul; non enim sunt simul incompatibiles, cum vna in altera fundetur, hypothecaria scilicet in personali, tanquam accessorium in suo principali. Hoc idem expressè habetur *in l. persecutione, & ibi Bartolus, & Doctores, C. de pignor., Glosa in l. nemo ex his, ff. de reg. iur. arg. l. penult. ff. quae res pign. obligat. pos.*, vbi etiam adducitur ratio, quia, vbi duo propter vnum, ibi vnum tantum *l. qui libertatis causam, §. seruus, ff. de euict.*, vndè quasi fingitur vna actio, vnaque petitio, & non plures *Baldus in auth. contra rogatus C. ad Trebell.* sicque huiusmodi actiones sine dissidio cumulantur *d. auth. de fideiuss. §. sed neque col. 1., Glosa fin. in dict. l. nemo ex his ad fin. ff. de reg. iur.*

Cumulat vtramq; actionem

Vbi duo propter vnú, ibi vnú tantum.

3 Amplia primò, vt potissimum verificetur haec potestas cumulandi, quando debitor exciperet de praescriptione triginta annorum, tunc etenim creditor cumulando hypothecariam talem exceptionem eluderet, nec noceret debitori *Glosa in d. l. nemo ex his, ff. de reg. iur.*

Per hypothecariam eluditur exceptio praescriptionis.

4 Amplia secundò, vt nedum contrà debitorem principalem possint huiusmodi actiones per creditorem cumulari, sed etiam contra fideiussorem possidentem pignus, *Negusantius de pignor. membr. 2. partis 8. num. 6.*, iuxtà Glos. *in auth. hoc si debitor, C. de pign., & ibi Bartolus*, ex eo enim, quod fideiussor accesserit pro contractus soliditate consentiente principali creditore cum ipso quodamodo contraxit, & in subsidium debitoris tenetur, sicque personalitèr obligatur, & ex eo, quod rem pignori obligatam apud se detineat, & possideat ratione eiusdem pignoris hypothecaria etiam tenetur, ergo aduersus eundem fideiussorem poterit creditor vtramque actionem in eodem libello cumulare.

Personalitèr obligatur ratione fideiussionis, & realitèr ratione pignoris.

5 Respondeo secundò, huiusmodi actiones personalis scilicet, & hypothecaria non possunt simul cumulari, si simul agatur contra debitorem, & tertium possessorem, sed inter eos debet seruari ordo, vt prius agatur contra debitorem, & postea eodem excusso contra tertium possessorem *Baldus, & Salicetus in l. fin. C. de act., & obligat., Negusantius de pignor. membr. 1. part. octaua num. 9., Cinus, Bartolus in l. persecutione, C. de pign.* Ratio generalis haec est, quia primo loco tenetur soluere, qui ex contractu personalitèr obligatur, deindè in subsidium qui ratione rei tenetur, & regula generalis est, quod non agatur contra tertium possessorem hypothecaria, nisi actum sit personali contra principalem debitorem *Bartolus in dict. l. persecutione, C. de pignor. arg. l. ignoti, ff. de his in fraud. cred., Baldus in d. auth. hoc si debitor, C. de pignor., Baldus in cons. 41. pro decis. col. penult. vol. 5.*

Debet seruari ordo inter debitorem, & possessorem.

Prius personali agendum est cótra debitoré.

6 Amplia primò, quod decedente principali debitore creditor debeat priùs agere contra haeredes ipsius, vel contra haereditatem iacentem, ac hypothecaria contrà tertium possessorem, & non nisi post obtentam sententiam *Cinus in d. l. persecutione, C. de pignor.* Ratio est, quia haeres vniuersalis repraesentat iura, & onera etiam personalia sui praedecessoris defuncti, nec potest impugnare factum eiusdem, nec contra illud venire *l. cum à Matre, C. de rei vendit., Rosent. d. c. 9. concl. 79. num. 4. l. haeredem 59. l. nemo plus commodi 120., & l. ex qua persona, ff. de reg. iur.*

Nó potest agere cótra possessorem, nisi post obtentá sententiá

7 Amplia secundò, quod creditor debet priùs agere personali contra fideiussores, quam hypothecaria agat contra tertium possessorem *Glosa, Bartolus, Baldus, Salicetus in d. auth. hoc si debitor, C. de pignor.*, quia per proprium consensum fideiussores ad contractum accesserunt, vndè meritò *Bartolus in l. praetor, §. hoc interdictum ff. de nou. oper. nunt., Alexander in l. fin. in princip. ff. si cert. pet., Iason in l. stipulatio, §. habet autem, ff. de nou. op. nunt., Angel. de Aret. §. item si quis in fraudem col. 5. instit. de act.*, docent, quod antequam hypothecaria agatur contra tertium possessorem non solum debeat praecedere excussio principalis debitoris, & fideiussoris, sed etiam pronuntiatio Iudicis, quod talis excussio sit legitimè facta, & hoc ad effectum, ne facili negotio possessor priuetur suo iure, & possessione.

8 Restringe primò, quod non requiratur primò excussio principalis debitoris, quandò notoriè constaret principalem debitorem non esse soluendo *Alexander, Iason in l. fin. in princip. ff. si cert. pet.* Ratio autem esse potest, quia notorium reuelat ab onere probandi *Clement. appellanti de appell.* debet tamen creditor in hac hypothesi allegare huiusmodi notorietatem impotentiae *Bartolus in l. 1. ff. de except., Immola in cap. ex parte de appell.*

Notoriú releuat ab onere probandi

Restringe secundò in casu, quando lite iam incaepta contrà debitorem principalem ipse debitor alienaret bona hypothecata *Bartolus, & Salicetus in d. auth. hoc si debitor, Alexander in d. l. persecutione* adducitque

9 Est præsumptio, quod res illa fuerit alienata in fraudem creditoris.

eitque rationem *Negusantius de pignoribus membr. 2. part. 8. num. 20.*, quia scilicet, licet in hoc casu non contrahatur vitium litigiosi, contrahitur tamen quoad hoc, vt possessor habens causam à debitore contestata iam lite possit ante eundem debitorem conueniri, quia per ipsam litis contestationem quodammodo res ipsa fuit imposita, & præsumptio efficax videtur, quod res illa fuerit alienata in fraudem creditoris.

10 Tertius possessor nõ tenetur ex propria persona.

Respondeo tertiò, quod quando facta excussione tum contrà principalem debitorem, tum contrà fideiussores, qui non fuerunt soluendo, & agendum sit contrà tertium possessorem, non possit contrà eundem cumulari simul hypothecaria, & personalis. Ratio est, quia tertius possessor non tenetur ex propria persona versus creditorem, cum per proprium consensum cum ipso non contraxerit, ergo non poterit aduersus ipsum agere personali actione, sed tantum hypothecaria ratione rei, quam possidet, cum hypotheca afficiat rem, eiusque possessorem, ergo &c.

§. XVI.

Vtrum bona secundi mariti intelligantur tacitè hypothecata filijs primi matrimonij pro administratione illegitimè suscepta ab vxore, quæ secum transiuit ad secunda vota.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Bona dotalia vxoris transeuntis ad secunda vota remanent tacitè hypothecata pro administratione tutelæ siue legitimè, siue illegitimè suscepta. 2.
Bona etiam secundi mariti remanent hypothecata pro tutela ab vxore legitimè suscepta, si alium tutorem dari non curauerit. 3.
Rationes euincentes bona mariti secundi remanere tacitè obligata pro tutela illegitimè ab vxore suscepta. 4.
Bona secundi mariti non intelliguntur tacitè hypothecata pro tutela ab vxore illegitimè suscepta. 5.
Satisfit rationibus, quæ ex aduerso afferebantur. 6.

1 Exponitur, in quo sensu accipiendus sit titulus.

DIsquisitio XVI. Mortuo Caio primo marito Sempronia ipsius vxor, illegitimè suscepit tutelam filiorum ex eodem Caio progenitorum, & administrauit bona eorundem, & deindè, antequam alium tutorem eisdem fecerit ordinari, transiuit contra Sacramentum præstitum ad secunda vota cum Theodorico. Hic iam quæritur, an pro administratione bonorum pro filijs primi matrimonij non solum hypothecata eisdem remaneant bona dotalia eiusdem Semproniæ, an verò etiam bona secundi mariti, seu Theodorici, cum quo transiuit ad secunda vota.

Bona dotalia eiusdem vxoris transeuntis ad secunda vota remanere tacitè hypothecata pro administratione tutelæ legitimè susceptæ clarè liquet ex ijs, quæ docuimus *sub hoc eodem titulo Contractus XI. de pign., & hypoth. prænot. IV. assert. 1. vers. hæc, quæ dicuntur de hypotheca* per textum *in l. si mater, C. in quibus causis, Socinus cons. 126. num. 1. vers. sed his non obstantibus lib. 1., Decius cons. 349.* quinimmò remanere etiam hypothecata in fauorem eorundem pro administratione etiam legitimè non suscepta docent expressè *Decius cons. 591. num. 2. vers. non obstant allegata, Mantica de tacit., & ambig. convent. lib. 11. tit. 8. num. 4.* propter eam rationem, quod illegitimè administrans non debet esse melioris conditionis à legitimè administrante *arg. l. si à domino, §. si prædo, ff. de petit. hæred., & l. seruius, ff., quod vi, aut, clam., & l. non solum, ff. de nox. act.* — 2 Pro administratione tutelæ legitimæ susceptæ remanent bona vxoris hypothecata.

Bona etiam secundi mariti propter administrationem vxoris, quæ secum transijt ad secundas nuptias remanere hypothecata filijs, si talis administratio fuerit legitimè suscepta ab vxore, & non curauerit alium tutorem substitui, expressè docuimus *sub hoc eod. tit. eadem prænot. 4. assert. 1. vers. hæc quæ dicuntur* per textum *in l. 2. C. quando mul. tut. off. fung. pot., & l. si mater, C. in quib. caus. pig. tac. contr., Petrus de Ancharano cons. 316. incip. in causa, quæ vertitur n. 2. in fin., & 3., Ruinus cons. 94. n. 3. lib. 5.*, & hoc ob maximam curam, & fauorem, quo iura assistunt causis pupillorum, & minorum, prout optimè considerauit *Socin. Sen. consilio 126. num. 3. vers. immò, quod fortius est lib. 1.* Id igitur, in quo consistit præsens difficultas, situm est in eo, an bona eiusdem secundi mariti intelligantur etiam tacitè hypothecata filijs primi matrimonij, quando mulier illegitimè suscepit tutelam, & antequam transierit ad secunda vota non curauit eisdem filijs prouisionem alterius tutoris, seu curatoris. — 3 Bona etiam secundi mariti remanẽt hypothecata pro tutela ab vxore legitimè suscepta. — In quo consistat ratio difficultatis.

Videtur absolutè dicendum, quod adhuc remaneant tacitè hypothecata, si enim non officit, quin hypothecata remaneant bona vxoris ex eo, quod illegitimè tutelam assumpserit, nec videtur officere, quin hypothecata etiam remaneant bona secundi mariti, quandoquidem contrahendo cum ipsa secundum matrimonium, ex speciali fauore erga bona pupillorum simul cum

4 Ex speciali fauore pupillorum videtur secundus maritus obligari.

cum illa contrahit hypothecam in proprijs bonis, quod, si valet hoc, quando mulier legitimè assumpsit tutelam, non video, cur valere non debeat, quando illegitimè assumpsit, in quo casu etiam ipsa mulier obligatur. Nihilominus

5 Bona secundi mariti non sunt tacitè obligata pro tutela illegitimè suscepta.

Respondeo, in hac hypothesi bona Theodorici secundi mariti non intelligi tacitè obligata filijs primi matrimonij pro administratione illegitimè suscepta ab vxore *Decius conf. 591. num. 1., & 2., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. tit. 8. num. 5.* Ratio potissimum ex eo deducitur, quod, si bona mariti secundi remanerent solummodò tacitè hypothecata filijs primi matrimonij pro administratione illegitimè suscepta ab vxore esset ex speciali fauore, & priuilegio, neque enim hoc congruere potest de iure communi, secundum quod nemo alterius odio debet grauari *l. si quis in suo, §. legis, C. de inoff. testam.*, sed priuilegia, quæ exorbitant à iure communi, sunt strictè interpretanda, nec extendenda, vltrà quod priuilegium in rigore importet, quod certè *in dict. l. si mater, C. quando mul. tut., off. fun. pot.* præcisè loquitur, quando mulier illegitimè suscepit tutelam, & antequam transiret ad secunda vota non prouidit de alio idoneo tutore, ergo non est extendendum aduersus maritum, quando illegitimè suscepit, & administrauit *Bartolus in l. ità autem in princip. ff. de administ. tut.* Neque dicas, quod hac ratione neque bona dotalia remanerent in eo casu hypothecata filijs primi matrimonij, quandoquidem textus *in d. l. si mater*, loquitur dumtaxat, quando legitimè tutelam suscepit; Contra enim impugnaberis, quia congruum quidem iuri naturæ, & communi est, quod pro facto proprio quis obligetur, non autem pro alieno, & licet *in d. l. si mater*, habeatur sermo de vxore legitimè administrante tutelam, ex terminis tamen fortioribus sic suadente iure naturæ, ac etiam communi est lex extendenda, quando illegitimè tutelam suscepit, & administrauit; iura enim, quæ consuluerunt filijs in administratione legitima matris, præsumenda sunt à fortiori voluisse consulere in illegitima; ideoq; legitimè fit extensio de legitima susceptione, & administratione ad illegitimam quoad bona matris, quæ in vtroq; casu obligatur ex facto proprio, non autem quoad bona secundi mariti, qui non potest obligari ex facto alieno, nisi quando iura id expressè, & literalitèr exprimunt, quod non euenit in nostra hypothesi, in qua, cum verba legis deficiant, eius dispositio locum habere non potest *l. 4. §. toties de damn. infect.*

Congruũ est, vt quis pro facto proprio obligetur non pro alieno.

Ex his patet, quid respondendum ad id, quod ex aduerso afferebatur; non etenim militant eædem rationes, nec expressa, nec interpretatiua iuris dispositio, quandò mulier, vel legitimè, vel illegitimè administrauit in ordine ad propria bona dotalia, seu quando legitimè administrauit, in ordine etiam ad bona secundi mariti, quia in ordine ad primum casum obligatur ex facto proprio, in ordine ad secundum æquè ipsa, ac maritus obligatur ex expressa iuris dispositione, ac quando administrauit illegitimè in ordine ad bona mariti, quandoquidem hic, nec obligatur ex facto proprio, nec ex expressa, vel interpretatiua iuris dispositione coarctatur, vt per se patet. 6

6 Satisfit rationibus contrarijs.

---

§. XVII.

An creditor, cui actualitèr traditum est pignus, si cadat sua culpa ab eius possessione, possit non excusso principali illud hypothecaria recuperare.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu accipiendus sit titulus in casu particulari. 1.

Creditor tenetur experiri hypothecaria aduersus tertium possessorem, nec potest agere aduersus principalem debitorem, ipsum prius excutiendo. 2.

Valet etiam, si pignus casu fortuito, sine culpa creditoris deuenerit in tertium possessorem. 3.

Excipe tamen in casu, quo res pignorata ex causa debitoris deuenerit in tertium possessorem. 4.

1 Facti series in suis terminis.

Disquisitio XVII. Contraxerat Caius aduersus Demetrium creditum centum nummorum aureorum, pro cuius securitate idem Demetrius actualitèr contulit pignus eidem Caio æqualis, vel fortè etiam excedentis valoris. Contigit, vt idem Caius detentor pignoris ex sua culpa decideret à pignoris possessione. Hic contendebat hypothecaria idem pignus à tertio possessore recuperare, aduersus quem excipiebat tertius ille possessor, quod non poterat Caius aduersus ipsum experiri hypothecaria, nisi prius excusserit Demetrium suum principalem debitorem. Quæritur iam quid iuris, & in fauorem cuius ex prædictis emergat.

2 Agit hypothecaria contra tertiũ possessorẽ

Respondeo, Caium teneri in hac hypothesi experiri hypothecaria contra tertium possessorem, nec posse agere aduersus principalem debitorem ipsum prius excutiendo *Alexander post Raphael in repet. l. sæpè col. 30. vers. secundariò dicitur, ff. de re iudic., Negusantius de pignor. membr. 1. part. 8. n. 18., Baldus, & Alexander in l. fin., C. de prat. pign. idem Baldus in l. 1. C. de reuoc. bis, quæ in fraud. cred.* Colligitur expressè

presse responsio ex *dict. l. fin. Cod. de pratorio pignor.*, vbi sic legitur. *Et cum inuenimus in conuentionalibus pignoribus, vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuuari, sed etiam, si ab ea possessione cadat, siue sua culpa, siue non, siue fortuito casu, humanius perspeximus, & in pratorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat, siue culpa sua, siue non, siue fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur iacturam, tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, begnignius causam interpretamur, & ei recuperationem donamus*, quod clarius in rubrica exprimitur. Sicut pignus conuentionale recuperatur per hypothecariam, si creditor cadat à possessione, ita & pignus prætorium, nec curatur, an culpa præcesserit casum. Ibi ità Salicetus.

Expressus textus euincens intentum.

Nec congruum est in hypothesi præcipuè supposita culpa in creditore agere aduersus principalem debitorem prius ipsum excutiendo, quandoquidem daretur bellum ex vtraque parte iustum in eadem controuersia, posset enim debitor exigere aduersus creditorem, vt sibi restituatur illud pignus directa exceptione pignoratitia, cum illud sua culpa amiserit, vel exceptione doli *l. apud Celsum*, *§. idem quaeritur*, *ff. de exceptione doli*, si ergo ipse debitor per creditorem posset conueniri personali per ipsius exactionem, & iustè ex eadem causa conueniretur, & conueniret, quod non congruit iuri. Quando igitur superiùs dictum fuit, quod prius agendum est personali aduersus principalem debitorem, quam hypothecaria aduersus tertium possessorem, hoc intelligendum est solummodò, quando contracta fuit hypotheca per solam conuentionem sine conditione, prout egregiè notat *Negusantius de pign. memb. 1. partis 8. n. 18.* secus, quando contracta est hypotheca, cum traditione pignoris, & hoc ex culpa creditoris in tertium possessorem deuenit.

3 Dixi, *præcipuè supposita culpa in creditore*, quia dato etiam, quod sine culpa ipsius, seu casu fortuito res tradita in pignus deuenerit ad tertium possessorem, nihilominus adhuc non excusso debitore posset creditor hypothecaria agere aduersus ipsum possessorem non solum propter dispositionem *dict. l. fin. C. de pratorio pignor.*, sed etiam propter naturalem æquitatem, secundum quam, cum debitor pignus tradiderit creditori, videtur iam eundem sufficientèr tutum reddidisse, eiusque indemnitati consuluisse, & ex eo, quod creditor pignus acceperit, in idemque consenserit, videtur, quodamodo ius suum principalius in isto restrixisse, suamque actionem principalitèr aduersus rem pignoratam coarctasse; & sicuti ex alibi dictis, si quis habeat hypothecam generalem in omnibus bonis debitoris, & simul specialem in aliqua re determinata non potest agere generali in aliorum creditorem præiudicium, nisi prius doceat in speciali non esse sibi sufficienter prouisum per textum *in l. 2., & ibi Baldus, & Bartolus, C. de pign. Specul. de solut. §. 1.* ibiq; adducitur ratio, quia in ea hypothesi hypotheca generalis censetur conditionalis, & subsidiaria, ita, si quis habeat generalem, & simul rem aliquam determinatam in pignus acceptarit, non videtur posse generali agere contra principalem debitorem, nisi prius actionem suam exerceat in rem, quam ratione pignoris sibi specialitèr hypothecauit.

Sufficientèr redditur tutus creditor ex eo, quod pignus acceptet.

Hypotheca generalis est conditionalis, quando adest specialis.

4 Exciperem tamen casû, quo ipse debitor, quia tradidit in pignus rem subiectã, & ratione subiectionis transierit in tertium possessorem, vel, quia alio modo concurrit ad hoc, vt pignus caderet in alium, fuerit causa lapsus a possessione respectu creditoris, quia tunc ipse creditor posset agere, & personali, & hypothecaria aduersus eundem debitorem, cum nõ solum ius habeat quoad tale pignus, quoad substantiam, sed etiam, ne à possessione illius per eundem debitorem deturbetur, quinimmò in hoc casu posset aduersus eundem agere actione doli.

Ius habet creditor, ne à possessione pignoris per debitorem turbetur.

---

§. XVIII.

An excussio sit necessaria in hypotheca legali pro legatis.

SVMMARIVM.

Factum in suis terminis. 1.

Sententia Negusantij, eiusque probatio. 2.

Si res fuerit legata in indiuiduo potest legatarius immediatè agere hypothecaria contrà possessorem etiam non excusso hærede. 3.

Si res fuerit legata in genere legatarius non potest agere contrà tertium possessorem non excusso prius hærede. 4.

Legatarius quoad rem legatam in genere non potest hypothecaria contrà vnum, vel alterum hæredem agere omittendo alios, sed debet agere aduersus omnes ad ratam. 5.

1 Disquisitio XVIII. Condito suo vltimo Testamento legauerat Caius Franciscо res quasdam, seu fortè etiam determinatam pecuniæ quantitatem. Res testatoris aliquæ transierunt in tertios possessores. Hic iam quæritur, an legatarius possit agere aduersus hos tertios possessores, antequam excusserit bona testatoris existentes penes hæredes, vel fortè etiam, si plures fuerint hæredes possit hypothecaria agere contra vnum ommisso alio.

Status specialis disquisitionis.

Docent aliqui apud *Negusantium de pign.*

pign. memb. 1. part. 8. num. 21., quod in hac hypothesi nulla sit necessaria excussio, sed possit legatarius immediatè contra quemcunque voluerit agere; quod ea ratione conantur euincere, quia, vel per testatorem fuit legata res in specie, vt loquuntur Iuristæ, vel in indiuiduo, vt loquuntur phylosophi, vel in genere; si in specie, vel in indiuiduo, cum possit legatarius, vtpotè ius habens specialitèr in tali re, quantum sibi debita actione ex Testamento agere aduersus eandem, potest à quorumcunque manibus, in quas deuenerit, vindicare, sicque non indiget discussione hæredis *Baldus in rub. C. de his, quæ in fraud. cred. circà princip.*; si in genere, siue hæres confecerit inuentarium, siue non confecerit, quamuis in casu, quo non confecerit, teneatur in solidum ad legata, propria tamen bona, quæ non consecutus est ex tali hæreditate, non habet pro legatis hypothecata, cum nullibi de tali hypotheca constet; in ordine verò ad bona per testatorem relicta, quamuis hæc ex dispositione iuris hypothecata remaneant pro legatis, non tamen legatarius indiget excussione hæredis, quia electionem habet ad agendum contra quæcunque bona voluerit relicta per eundem testatorem per textum *in l. creditoris, ff. de distract. pignor.*, & ità firmat *Angelus de Aret. instit. de action. §. item Seruiana in penult. col.* Vt clarius secundum veritatem procedamus, placet secundum plures casus responsiones diuidere in ordine ad legata.

2 Rem legatam in indiuiduo potest immediatè vendicare.

Respondeo primò, si fuerit res legata in indiuiduo, potest legatarius immediatè agere hypothecaria contra possessorem etiam non excusso hærede, seu hæredibus. Concordat cum his, quæ supra dicta sunt *ex Baldo in rub. C. de his, quæ in fraud. credit.*, & ratio ea est, quia legatarius, ex quo specialis res sibi est per testatorem legata, ius habet speciale in tali re, ergo alijs rebus omissis poterit aduersus eandem immediatè agere ad vindicandam eandem ex manibus possessoris, cum vnum nequeat pro alio solui inuito creditore; Neque obesse potest, si asseratur, quod legatarius non habeat ius in re, nisi postquam res legata sibi per hæredem fuerit tradita, cum ex vno capite ex vulgatis iuribus nonnisi traditionibus, & vsucapionibus dominia rerum transferantur, ex alia legatarius teneatur rem legatam de manu hæredis accipere; Non, inquam, obesse potest, quia, ex quo per testatorem res est legata in indiuiduo, legatarius efficitur Dominus rei legatæ *l. à Titio, & ibi Bartolus, ff. de fur.*, *Bartolus in l. si fructuarius de man. testa., & in l. si hæredis seruus, ff. de leg. 1.*, vndè rectè dicitur, quod possit agere rei vendicatione *l. 1. C. communia de leg., & instit. de legat.*

3 Contra rem legatam in indiuiduo potest agere immediatè.

§. 1., & iuxtà hunc sensum optimè dicitur, quod legatarius rei certæ non teneatur facere discussionem *Baldus in l. 1. col. 3. C. communia de leg.*, cum dicatur factus Dominus rei legatæ verè à die aditæ hæreditatis per hæredem, licet fictè à die obitus testatoris *Bart. in l. ser. filij, ff. de l. 2.* & potest legatum petere per rei vendicationem *Ang. in l. si easd., & ibi Caius, ff. si quis onus cauf. test.*, hocq; est speciale in legato rei determinatę, ex quo patet, quid respondendum ad iura opposita.

Potest agere rei vendicatione.

Respondeo secundò, si res fuerit legata in genere, legatarius, non potest agere contra tertium possessorem non excusso prius hærede, seu hæredibus, vel hæreditate iacente *Glosa in auth., hoc si debitor, C. de pignor.*, *Bartol. in l. si constante in princip. in 2. quæst. 3. quæst. princip. ff. solut. matrim.*, *Corneus in cons. 267., quanquam in fin. vol. 1.*, *Negusant. de pign. d. membr. 1. octaua partis n. 21. in fine*. Hoc expresse colligitur, *ex d. auth., hoc si debitor, C. de pign.*, vbi dicitur, quod debeat omninò præcedere excussio debitoris, siue creditor velit agere contra vnũ ex possessoribus, siue contra plures; nec aduersus hoc aliquam vim habet textus *in l. creditoris, ff. de distr. pign.*, vbi videtur innui, quod creditor possit agere cõtra quemcunque possessorem; non, inquam, vim aliquã habet, quia in dicto textu solũ habetur, quod cõparatiuè ad tertios possessores possit, vel contra vnũ, vel contra alterũ disiunctiuè, vel coniunctiuè contra plures hypothecaria agere, non autem comparatione eorundem ad principalem debitorem, seu bona testatoris, quia regula generalis est, quod in exactione creditorum, quantumuis hypothecariorum, non agatur contra subsidiarios, nisi excusso principali debitorę.

4 Nõ potest agere, nisi excusso hærede, si res fuerit legata in genere.

Respondeo tertiò. Legatarius quoad rem legatam in genere non potest hypothecaria contra vnum, vel alterum hæredem agere omittendo alios, sed debet aduersus omnes agere ad ratam. *Bartolus in l. 1. in fin. C. communia de legat.*, *Negusant. de pign. d. membr. 1. part. 8. num. 21.* Expresse hoc colligitur *ex dict. l. 1. C. communia de leg.*, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem hæredes non tenentur in solidum, sed tantum pro rata quoad solutionem legatorum; Nec valet contra hoc dicere, quod in hypothecis conuentionalibus possit creditor conuenire vnum ex debitoribus in solidum, altero omisso, adeoq; etiam &c. Non valet, inquam, quia ex dispositione iuris actio hypothecaria, quæ datur pro legatis, datur solummodò ad similitudinem actionum personalium, adeoque pro rata secundum textum *in d. l. 1. C. communia de leg.*, & hoc quidem secundum rationabilitèr præsumptam voluntatem testatoris, qui non præsumitur vo-

5 Agit contra omnes hæredes ad ratam.

6 Actio hypothecaria pro legatis datur ad similitudinem actionũ personalium.

voluisse potius vnum, quam alterum in sua dispositione testamentaria grauare, cum omnes videatur æquè primò prædilexisse, nisi aliquem expresè grauauerit.

---

§. XIX.

An pro restitutione dotis competat actio hypothecaria contra possessores etiam non excussis bonis mariti debitoris.

SVMMARIVM.

Exponitur series difficultatis. 1.
Ex priuilegijs dotis videtur posse immediatè agere contra tertios possessores. 2.
Vxor pro consecutione dotis debet prius experiri contra maritum, eiusque bona, quam contra tertios possessores. 3.
Ex priuilegio in vno casu non facienda est extensio ad priuilegium in alio. 4.

1 Facti series exponitur.

DIsquisitio XIX. Contracto matrimonio inter Maritum, & Placidiam, constitutaque pro ista per parentes eius certa dote, & in quantitate determinata agebatur de restitutione eiusdem mortuo marito, vel ex aliqua alia causa ipso viuente. Ex præactis certum est, omnia bona mariti esse tacite hyppthecata. Rursus supponitur, quod bona aliqua mariti constante matrimonio transierint in tertios possessores sine consensu vxoris. Orta fuit hic controuersia, an dicta Placidia pro consecutione suæ dotis potuerit immediatè contra tertios possessores bonorum mariti, an verò teneatur prius ipsum, vel eius bona excutere.

Bona mariti hypotheca ta remanent pro dote.

2 Priuilegia dotis pręcipuè sunt amplianda.

Ex varijs, eisque singularibus priuilegijs, quibus iura consuluerunt dotibus, videtur asserendum mulierem etiam gaudere priuilegio, vt non teneatur prius maritum, eiusque bona excutere, antequam hypothecaria agat aduersus tertios possessores, sed posse immediatè contra istos actionem hypothecariam intentare, prout asserit se consuluisse *Romanus in l. si constante in princip. ff. solut. matrim.*, per textum *in l. si post mancipium, §. 1. ff. de euict.*, dum vult, quod vna actio alteri postponatur sit de toto rigore iuris, hocque non esse attendendum in causa, in qua agitur de bono publico, cuiusmodi est causa dotis *l. 1. ff. solut. matrim. l. assiduis, C. qui prior in pign. hab.* Nihilominus

Respondeo, Placidam pro consecutione suæ dotis teneri prius excutere maritum, & bona apud eundem, vel eius hæredem existentia, antequam hypothecaria procedat contra tertios possessores, *Bartolus in l. si constante in qu. 2. tertia quæst. princip. ff. solut. matrimonio, Glosa in l. vbi adhuc vers. qui potiora iura, & ibi Cinus, & Baldus, C. de iure dot., Specul. in tit. de donat. inter vir. & vxor, §. fin. vers. sed quo iure, Corneus in cons. 267. quamquam vol. 3.* Ratio huius responsionis ea esse potest, quia priuilegium in aliquibus casibus à iure expressum non est extendendum ad alios casus à iure non expressos, quandoquidem priuilegia vtpotè exorbitantia à iure communi sunt strictissimè interpretanda, sed, quantumuis causa dotis sit in plerisque per dispositionem iuris priuilegiata, non habet tamen quid specialitèr dispositum à iure, quod non indigeat prius excussione principalis debitoris, cum nullibi constet de tali dispositione; ergo priuilegia in alijs casibus eidem concessa non sunt extendenda ad hunc casum à iure non expressum.

3 Experiri debet prius cōtra maritū, quam contra possessores.

Dices primò, executionem faciendam prius esse de principali debitore, antequam deueniatur ad speciales possessores, inductum esse de iure nouissimo *in dict. aut. hoc si debitor, C. de pignor.*, quod iùs quantumuis generalitèr videatur loqui, non comprehendit causam dotis secundum se, maximè priuilegiatam, cum de ea nullam faciat specialem mentionem *Salicetus l. fin. C. de iure dot., Iason in l. 1. in 3. not. in prima lect. ff. sol. matrim., & in l. si constante n. 6 ff. eod. tit.* Sed contrà, quia, quamuis illud ius inductum sit per ius nouissimum *auth. hac si debitor*, quia tam indistinctè loquitur sine vlla penitus restrictione, non est ex maiori priuilegio, quod habet in alijs causa dotalis, restringendum quoad hanc causam circa excussionem, cum de hac ius illud non loquatur, nec priuilegia sunt de casu ad casum non similem extendenda. Deindè falsum est, quod ante *d. auth.* non esset inducta excussio in tacita, & legali, quandoquidem de iure digestorum præcipuè *in l. Moschis, ff. de iure fisci*, talis excussio iam erat præscripta, nec est aliqua ratio, seu ius, quæ, seu quod in dote excludat talem excussionem.

Ius illud non loquitur de excussione.

Dices secundò, dotem datam ab extraneo vltra summam taxatam à lege, nō indigere insinuatione, quantumuis in alijs omnibus huiusmodi insinuatio in donationibus excessiuis requiratur per textum *in l. fin. C. de iur. dot.*, ergo etiam, quantumuis in alijs omnibus exactionibus requiratur excussio principalis, causa tamen dotis non indiget huiusmodi discussione, quandoquidem, sicuti in alijs pluribus excipitur ab alijs regulis per singularia priuilegia, ita non est, cur non debeat etiam excipi ab hac regula excussionis. Sed contra nō valet argumentum à priuilegio in vno casu ad priuilegiū in alio, & sic quamuis admittatur priuilegium in insinuatione, quia hoc est expressum

4 Nō valet regula à priuilegio in vno casu ad priuilegium in alio.

tum in d. l. fin. C. de iur. dot., non propterea est admittendum in executione, cum hoc nullibi sit expressum.

In ijs, in quibus dos non est priuilegiata, seruatur ordo.

Ad rationem, quæ ex *Romano* suprà afferebatur in principio, respondendum est, quod vna actio alteri postponatur, sit solummodò de apicibus iuris in eo sensu, quod respiciatur ordo, non in rigoroso sensu, adeoque non est, cur seruari non debeat in causa dotis quoad excussionem, in qua certè seruatur ordo in ijs, in quibus non est priuilegiata specialitèr; vndè *Angelus de Aret. instit. de act. §. item si quis in fraudem col. 6. in verb. quæso flat. cauetur* expresè asserit, nec textum, nec glosam *in d. l. si mancipium, §. 1. ff. de euict.* euincere id, ad quod adducit illum textum *Romanus loc. cit.* Deindè optimè soluit difficultatem *Negusantius de pign. memb. 1. part. 8. n. 31. in fin.*, asserens, quod duplex quodamodò possit esse exceptio, altera, quæ respicit ordinem iudicij, & hæc in multis, & singularibus casibus non debet admitti, altera, quæ respicit interesse partis, & æquitatem, quæ est, vt donec debitor est soluendo, possessor non molestetur, & hæc vtique debeat admitti, & ità seruandum esset in praxi.

---

§. XX.

Quandonam sit opponenda ista exceptio excussionis in iudicio.

SVMMARIVM.

Sensus proprius huius difficultatis in casu particulari. 1.

Tertij possessores ad effectum, vt valida sit exceptio excussionis, tenentur eandem opponere ante litis contestationem. 2.

Exceptio excussionis est exceptio dilatoria. 3.

Huiusmodi exceptio debet esse specificè, & clarè opposita, nec sufficit in genere. 4.

Exceptio excussionis non opposita tempore congruo in primo iudicio, non potest opponi in causa appellationis. 5.

1 Explicatur sensus difficultatis.

DIsquisitio XX. Creditor erat hypothecarius Thodoricus aduersus Franciscum de certa pecuniæ quantitate ex aliquo contractu secundum se præferente tacitam, & generalem hypothecam. Franciscus hoc medio tempore nonnulla sua bona transtulit in Octauium, aliosque tertios possessores. In dubio, quod Franciscus principalis debitor vergeret in decoctionem, Theodoricus creditor intendebat hypothecaria experiri aduersus Octauium, aliosque tertios possessores. Certum est hos legitimè posse excipere de excussione prius facienda in bonis principalis debitoris. Hic iam oritur difficultas, an, & quando huiusmodi tertij possessores possint efficacitèr opponere huiusmodi exceptionem ad effectum eludendi actionem creditoris hypothecarij, & hoc in primo iudicio. Vlteriùs, an, si in primo iudicio non fuerit legitimè, & tempore opportuno opposita talis exceptio, possit opponi in secundo, hoc est in causa appellationis.

Respondeo primò, Octauius, alijsq; tertij possessores ad effectum, vt valida sit exceptio huiusmodi excussionis, tenentur eandem opponere ante litis contestationem. *Cinus in l. exceptionem, C. de probat., Bartolus in l. prolatam in princip., C. de sentent., & in auth. hoc si debitor, C. de pignor., Baldus in l. conuenticula col. 3. C. de Episcop., & Cler., Alexander cons. 73. in causa appellationis col. 1. num. 1. vol. 6.* Ratio huius nostræ responsionis ex eo deducitur, quod asserit *Bartolus in l. si probatum, C. communi diuidendo*, nempè iudicium in hypothecaria procedere non facta excussione, si non opponatur, quod idem repetit *in l. probatam, C. de sent.*, sed, si nō opponeretur huiusmodi exceptio excussionis ante litis contestationem, perindè est, ac si non opponeretur, cum non opponeretur tempore congruo; quod ex duplici capite euinco; primò, quia quando duo iudicia ità sunt ordinata, vt vnum debeat aliud præcedere, secundum si fuerit incæptum, antequam primum opponatur, vtique tenet, suumq; sortitur effectum, ergo, si primum postea opponatur, perindè erit, ac si non fuerit oppositum, Secundò, quia ex eo, quod possessor hypothecariè conuentus non primò opponat exceptionem excussionis principalis debitoris, videtur implicitè eidem cedere, ergo non poterit postea eandem exceptionem opponere.

2 Opponenda est ante litis contestationem.

Non opponeretur tempore congruo.

Vlteriùs maximè facit ad rem præsentem, vt benè notat *Negusant. de pignor. d. membr. 1. part. 8. n. 34., ex Bartolo in l. 3. verb. quæro, quod de exceptionis ordinis, ff. de except.*, quod hæc exceptio excussionis sit exceptio dilatoria; exceptio autem dilatoria de iure debet opponi ante litis contestationem per textum *in l. ità demum, C. de procurat.*, atque in hanc sententiam abeunt omnes Doctores, quos allegat *Negusantius loco cit.*

3 Est exceptio dilatoria.

Aduerte hic tamen cum eodem, huiusmodi exceptionem debere esse specificè, & clarè oppositam, nec sufficere, quod sit in genere, & in confuso opposita per ea, quæ notat *Alexander cons. 29. clarissimè doct. nu. 28. vol. 7.*, nec hoc gratis certè asseritur, quandoquidem per exceptionem in genere non venit exceptio, quæ principalitèr, & in principio debet opponi.

4 Debet specificè opponi.

Respondeo secundò, Octauius, alijque

tertij possessores, qui tempore congruo non opposuerunt exceptionem excussionis principalis debitoris, nec eandem possunt opponere in secundo iudicio in causa appellationis *Cinus in l. per hanc qu. 2. C. de temp. appell.*, *Alexander cons. 34. consultens vol. 8.*, *& in l. fin. in fin. princip. ff. si cert. pet.* Colligitur expressè hæc responsio ex textu *in l. ità demum, C. de Procur.*, vbi sic legitur, *si cum primum litem contestaueris non est tibi eo nomine apposita præscriptio militiæ, quod nec, cum appellatio agitur, sibi obijci potest;* quod clariùs explicans Alexander asserit, *& si exceptio dilatoria non fuit opposita in causa principali, nec poterit in causa appellationis opponi*. Ratio autem ea esse potest, quia ex quo primò, quod opponere debebat, non opposuit, videtur iuri suo cessisse; ex iure autem iam cesso non potest amplius agere, quia ex cessione ius extinctum, supponitur.

5 Non potest opponi in secundo iudicio.

Ex iure cesso non potest amplius agere.

Adeò vera sunt, quæ hic dicuntur, vt procedant etiam in casu, quo in causa appellationis nondum esset lis côtestata, quia sufficit, quod non fuerit apposita huiusmodi exceptio ante litem contestatam in primo iudicio, nam, cum huiusmodi exceptio iuxtà superiùs dicta sit dilatoria, si non fuit opposita in prima instantia, nec opponi potest in causa appellationis per allegata iura, & per textum *in l. ita demum, C. de procur.*

---

§. XXI.

An pendente excussionis exceptione in iudicio hypothecario opposita possit aliquo remedio actori succurri.

SVMMARIVM.

Elucidatio casus in suis terminis. 1.
Creditor opposita exceptione excussionis simul cum actione hypothecaria potest agere excussione aduersus principalem debitorem. 2.
Creditor opposita exceptione potest sibi consulere, si se exhibeat incontinenti probare, quod debitor non sit soluendo. 3.

1 Exponitur in quo sensu accipienda sit difficultas.

Disquisitio XXI. Creditor erat Antonius hypothecarius cuiusdem summę non exiguæ aduersus Meuium, & cum plurima bona eiusdem Meuij transijssent in tertios quosdam possessores, Antonius hypothecariam contra eosdem intentauit, qui ante litis contestationem opposuerunt exceptionem excussionis prius faciendæ contrà principalem debitorem. Hic iam quærendum remanet, an creditori agenti hypothecaria pendente tali exceptione excussionis competat aliquod remedium aduersus dictos possessores excipientes? Iudicium in hypothecaria rectè procedere, si tempore opportuno non excipiatur, ex supra actitatis satis, superque liquet. Difficultas modo est, an quandoq; etiam possit procedere pendente tali exceptione.

Respondeo duplici potissimum remedio firmare posse Antonium iudicium iam intentatum in hypothecaria aduersus tertios possessores non obstante tali exceptione, eaque adhuc pendente. *Negusantius de pignor. memb. 1. partis octaua n. 37.* Vtrumque propono, & explico.

Duo assignantur remedia.

Primum est, si Antonius creditor opposita tali exceptione excusionis simul cum actione hypothecaria agat excusione contra principalem debitorem, *Baldus in l. cum testamento, C. de testam. ma.*, *& in l. 2. C. communi diuid.*, *Angelus in l. decem, ff. de verb. oblig.*, *Bartolus in auth. hoc si debitor C. de pignor.* Rationem in primis adducit *Baldus in d. l. cum testamento*, quia scilicet excusio facta pendente hypothecaria fingit actum factum cum ordine, quia ratio declarat ante litem contestatam bona debitoris non fuisse soluendo. Sunt verba formalia eiusdem *Bald.*; Neque obesse potest, si asseratur ex superius dictis, quod, si tertius possessor non opposuerit exceptionem excusionis ante contestationem litis aduersus principalem debitorem non possit amplius eandem opponere, & per consequens, quod subsistat iudicium in hypothecaria, & quod propterea è conuerso, si eandem ante eiusdem litis contestationem opposuerit, non possit creditor hypothecariam prosequi, vt seruetur debitâ, & proportionata æqualitas in conditionibus inter vtrumque, conuentorem scilicet, & conuentum; si enim defectus exceptionis lædit ius conuenti, ne possit postea excipere non est, cur interposita exceptio non debeat lædere ius conuentoris, ne possit postea agere; Non, inquam, obesse potest, quia possessor non excipiendo cedit quodamodo iuri exceptionis; creditor autem agendo hypothecaria aduersus possessorem, & pendente exceptione excutiendo aduersus principalem debitorem nulli iuri cedit, & ex eo, quod iudicium quodamodò incæperit aduersus possessorem, nô sequitur, quod agendo contra ipsum cedat iuri aduersus principalem debitorem, cuius veritatis signum est, quod contra ipsum agentem detur exceptio ad hoc, vt prius agat per excusionem contra principalem debitorem, quod verum non esset, si ex eo, quod prius agat contra possessorem, amitteret ius contra principalem. Si autem inquiras, cur possessor non excipiendo amittat ius per interpretatiuam cessionem, non sic creditor agendo prius hypothecaria côtrà possessorem, amittat ius aduersus principalem

2 Cum hypothecaria potest simul agere excussione.

Excussio facta cum hypothecaria fingit actû factum cum ordine.

palem debitorem; statim responsionem recipies, ex eo prouenire, quod creditor ius habet contra vtrumque ex vi hypothecę generalis, & agendo prius contra possessorem solum inuertit ordinē iudicij, quòd non tollit ius; possessor autem nullum habet ius, nec in bonis creditoris, nec in bonis principalis debitoris; sed tantum ius, ne preposterentur actiones, & sic non excipiendo non tollit aliquod ius creditoris, nec item excipiendo, cum per hoc solum possit efficere, vt seruetur ordo, qui per actionem contra se fuerat præposteratus.

Creditor habet ius tam contra debitorem, quam contrà possessorē. possessor non habet ius contrà creditorē.

Aliam rationem adducit *Bartolus in l. si rem §. fin. ff. de pign. action.* propter hunc eumdem textum, quia scilicet ius superueniens actori pendente iudicio etiam ex causa de prætērito validat iudicium, prout firmat *Angel. de Aret. Instit. de act. §. item si quis in fraudem col. 3. vers. quæro ergo*, *Alexander cons. 113. viso processu in fin. vol. 6.* Ratio autem horum omnium, quę hic dicuntur, ea est, quia possessor non habet ius, nisi vt excutiatur debitor principalis, & ipse quoad effectuationem non possit conueniri, nisi ille non fuerit soluendo; æquè autem hoc habetur, siue huiusmodi actiones fiant seruato ordine, siuè insimul intententur opposita exceptione, vt per se patet, nam, si ille non fuerit soluendo, iam ipse hypothecaria tenetur, si verò fuerit ille soluendo, ipse à conuentione absoluetur.

Ius superueniens actori pēdente iudicio validat iudicium.

Secundum remedium est, si creditor se exhibeat incontinenti probare, quod debitor non sit soluendo, dummodò secundum rei veritatem impotens sit, quandoquidem contra excipientem, quod ordo non fuerit seruatus, hoc est quod intentata non fuerit excussio ante litis contestationem, replicare poterit creditor, quod non interest possessori, & se offerre ad incontinenti probandum per ea, quę habentur *in glos. in l. nisi ff. de pactis*, quam vtiq; commendat, & probat *Immola in l. exitus ff. de acquir. possess.* Hoc quoq; sequitur *Angel. de Aret. in d. §. item si quis in fraudem Instit. de act. in 4. col. vers. aduertas*.

3

---

§. XXII.

An excussio facta in bonis debitoris ad instantiam vnius creditoris prosit alijs creditoribus agentibus ex alia causa.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ in suis terminis expositus. 1.
Excussio facta in bonis debitoris ad instantiam vnius creditoris prodest alijs creditoribus agentibus ex alia causa. 2.
Non est necessaria excussio, vbi constat de notorietate impotentiæ. 3.
Acta in vno iudicio prosunt in alio, quando tendunt ad præparandam viam alteri. 4.

Disquisitio XXII. Contraxerat Caius plura debita ex contractibus secundum se inferentibus hypothecam, alterum cum Theodorico de summa centū aureorum, alterum cum Demetrio de summa quinquecentum: Differente Caio solutionem debitam Theodorico ipse intentauit hypothecariam contra tertium quemdam possessorem bonorum, cum ad ipsum deuenerint bona hypothecata, sed, cū ipse possessor excepisset de excussione prius facienda in bonis principalis debitoris, fuit in bonis ipsius recognitum, & pronuntiatum principalem debitorem non esse soluendo, & per consequens fuit continuata actio hypothecaria contra possessorem, & creditor immissus, vel ex primo, vel fortè etiam ex secundo decreto. Rebus sic stantibus Demetrius secundus creditor hypothecaria etiam cæpit experiri aduersus alium tertium possessorem aliorum bonorum eiusdem debitoris, sed cum iste etiam excepisset de excussione facienda in bonis debitoris, creditor contrareplicabat, quod constaret iam ex alio iudicio, quod debitor non est soluendo. Quæritur iam, quid iuris? Tota ratio consistit in eo, an excussio facta iu vno iudicio ad instantiam vnius prodesse possit in alio diuerso iudicio alteri. 1

Explicatur quomodo res se habeat circa hūc titulum.

Respondeo, Demetrium opponentem exceptioni excussionem iam factam in alio iudicio contra debitorem ad alterius instantiam vtique elidere exceptionem possessoris alterius excipientis, *Iacobus de Aret. & Angelus in d. auth. hoc si debitor C. de pign.*, *Glosa in l. decem ff. de verb. obligat.*, *Negusantius de pign. memb. 1. part. octauæ num. 28.* Ratio facile ex ijs deducitur, quæ supra dicebamus, quia in tantum est necessaria excussio, in quantum inquiri debet potentia, vel impotentia principalis debitoris, hic etenim est finis primarius intentus à iure in tali excussione iuxta *Glosam in d. l. decem ff. de verb. oblig.*, *Angelus de Aret. in §. item si quis in fraudem in fin. col. 4. in vers. quæro an excussione facta Instit. de Act.*, ergò, si notoriè appareat impotentia, non erit opus excussione, quandòquidem cessante causa actionis cessare debet, & ipsa actio, sed, quando ex sententia, quę transiuit in rem iudicatam, innotescit impotentia ex excussione legitimè facta, iam notoriè constat de tali impotentia, ergò &c. Neque obesse potest, si asseratur, quod non sufficiat notorietas impotentiæ ex 2 3

Prodest alijs creditoribus agentibus ex alia causa.

Vbi notoriè apparet de impotētia non est necessaria excussio.

alio iudicio, sed requiratur notorietas eiusdem in eodem iudicio, siquidem acta in vno iudicio non faciunt fidem in alio inter diuersas personas *l. cum lite ff. iud. sol.* Non, inquam, obesse potest, quia, vt benè notat *Baldus in l. si quis homicidij C. de accus. & in l. 1. in fin. C. de aduoc. diuer. Iud.*, *Alexander in l. sæpè col. 11. ff. de re iudic.* quantumuis simpliciter, & absolutè acta in vno iudicio non prosint alijs in alio iudicio, fallit tamen, quando ea, quæ acta sunt, tendunt ad præparandam viam alteri, quia

4 tunc sententia lata inter alios prodest etiam alteri, & fidem facit. Dici etiam potest, quod acta inter aliquos non prosint alijs quoad substantiam, secus autem quoad probationem, vt in hypothesi nostra, sententia etenim lata in vno iudicio inducit notorietatem, notorium autem reuelat ab onere probandi, *Clem. appellanti de appell.* hocq; habetur *in l. si verò §. qui pro rei ff. de satis. cog.* huiusmodi tamen notorietas debet allegari *Glos. in d. Clemen. appell. de appell.*, *Bart. in l. 1. ff. de except.*, *Abbas in c. præterea de dol.*

Acta inter alios non prosunt alteri quoad substantiam, benè quo ad probationem.

DISQVISITIONES III.

Ad reliquas omnes de Pignore, & Hypotheca controuersias.

§. I.

An pignoratitia directa competens debitori ob deteriorationem rei à creditore factam datione pignoris in solutum eidem creditori censeatur remissa.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series in suis terminis. 1.
Debitori datur actio pignoratitia directa contra creditorem pro deterioratione rei pignoratæ. 2.
Creditor recipiendo pignus in solutum tenetur compensare deterioritatem rei, si ex sua culpa hæc secuta fuerit, & si non compensat, debitor habet pignoratitiam directam aduersus ipsum. 3.
Intellige, nisi debitor dando in solutum cesserit iuri suo. 4.

1 Disquisitio I. Ob securitatem sui crediti, quod tenebat Franciscus aduersus Caium, ipse Caius eidem contulit rem certam in pignus, quæ existens in manibus creditoris ex ipsius aliqua culpa deterior facta est. Postea idem Caius eandem rem, quam in pignus Francisco tradiderat, in solutum dedit. Hic orta fuit controuersia, an Caius creditor in ea datione in solutum sibi facta teneatur eandem accipere secundum æstimationem, quam res habebat, quando sibi tradita fuit in pignus compensando scilicet deteriorationem sua culpa in illa re inductam, vel si eandem non compensauit, eo temporis debitor retineat adhuc actionem pignoratitiam directam ad compensationem aduersus creditorem.

Elucidatur facti in casu particulari.

Dari debitori actionem pignoratitiam directam aduersos creditorem pro deterioratione rei pignoratæ per eundem creditorem inducta clare liquet ex præcedentibus, *& ex textu, & glos. in l. 2. C. de pign. act.*, vndè optimè dicit *Baldus in l. creditor la 2. ff. de pign. act.*, quod creditor satisfactus integrè per debitorem de suo credito teneatur pignus reddere eidem debitori in ea qualitate, in qua accepit. Quamobrem. 2

Datur actio pignoratitia directa pro deterioratione rei pignoratæ.

Respondeo, creditorem accipiendo pignus in solutum teneri compensare rem secundum æstimationem, quam res habebat, quando tradita fuit in pignus, si deterioratio secuta fuerit ex culpa creditoris detentoris, vel, si non compensauerit non obstante datione in solutum, retineat debitor actionem pignoratitiam aduersus creditorem pro tali compensatione, nisi liberè cesserit iuri suo, *Negusantius de pign. 3. memb. sept. partis num. 8.*, *Bartolus, & Paulus de Castro in l. eleganter in princip. ff. de pign. act.*, qui præcipuè mouentur ex Glosa *in d. l. eleganter in princip. in glos. fin. in verb. fortè*, quæ sic habet *sed pone, quod pignus sit deterius factum nunquid illam deteriorationem poterit debitori compensare, si agat pignoratitia actione aduersus creditorem? Respondetur, quod sic*, nullamque rationem ibidem addit Glosa huius suæ responsionis, quam tamen sic placet comprobare. Res tradita in pignus satisfacto integrè creditore restituenda est debitori in ea qualitate, secundum quam tradita est per ea, quę ex Baldo supra tradidimus, ergò, si data fuerit in solutum eidem creditori pro suo credito, erit per eundem compensanda secundum eam æstimationem, quam habebat, quando fuit tradita in pignus, adeoque, si fuerit deteriorata, erit per eundem creditorem illa deterioratio supplenda. Consequentia probatur, quia, sicuti satisfacto debito ius habet debitor, vt integra sibi restituatur, ita si tradat pro satisfactione, ius habebit, vt integre secundum valorem, quem habebat, sibi compensetur. Confirmatur, quia creditor recipiendo pignus in solutum quodamodo ipsum emit cedendo pecuniam sibi creditam pro solutione eiusdem, sed quando solutio non est ad æqualitatem, non liberatur emptor ab onere soluendi ad æqualitatem,

Etiam si creditor recipiat pignus in solutū tenetur ad compensationem rei deterioratæ.

Ratio efficax ad intentū euincendum.

Creditor recipiēdo pignus in solutū quodamodo ipsū emit.

tem, quandòquidem ad æqualitatem solutum non est, quod deterius soluitur, ac debeatur per textum *in l. 1. §. si res ff. depositi, & l. qui sibi §. fin. ff. de solut., & l. 3. §. si reddita ff. comodati*. Neque obesse potest, quod tunc, quando fit illa cessio pecuniæ creditæ, & pignus accipitur in solutum, fit æqualitas, quandòquidem tunc res solummodò tanti valet; Non, inquam, obesse pôtest, quia, licet tunc solummodò tanti valeat, quia tamen restituenda est secundum valorem, quem habebat, quando primò fuit tradita in pignus, solutio fieri debet ad eum valorem, sine quo non esset æqualitas, cum deterioratio intelligatur facta ex culpa eiusdem creditoris.

Restituẽda res est secũdum valorem, quem habebat.

3 Hæc verificantur quoad onus compensationis, quando in datione in solutum attenditur in eodem actu compensatio ad æqualitatem; cæterum adhuc facta tali datione in solutum, & hic non facta tali compensatione adhuc vigere actionem pignoratitiam directam in fauorem debitoris aduersus creditorem pro tali compensatione sic euincitur, quia per illam dationem rei præcisè in solutum non demitur ius debitoris, quod habet ad integrum valorem rei pro tempore, quo illam contulit, quandòquidem hic quid magis conferret, quam exigat ius creditoris; conferret etenim pignus ipsum, quod remanet, & vlterius cederet ius legitimum, quod habet ad compensationem ratione illius deteriorationis; Neque dicas, quod, cum in solutum tradiderit substantiam pignoris, videatur simul ad exonus proprij debiti cessisse cuicunq; iuri, quod habebat in illa re, quandoquidem deterioratio ipsa sequitur substantiam rei, qua propterea cessa videtur cessum etiam ius, quod in ipsa fundatur ratione talis deteriorationis, quod potissimum verificatur, si in tali datione in solutum non reseruauit ius ad compensationem pro illa deterioratione; contrà enim impugnaberis, quia dando rem in solutum supponitur tradere ad æqualitatem, & non aliter, nec alio modo, & sicuti, si non esset deteriorata, sed suum integrum valorem retineret, qui excederet æstimationem crediti, non esset debitor præsumendus tradere, nisi ad æqualitatem cum credito, in reliquo retinere ius ad compensationem; ità etiam si res est deteriorata, cum ius debitor retineat ad reintegrationem, in quo iure excedit ius creditoris, non est præsumendus cedere illi iuri, sed illud retinere, seu actionem pignoratitiam pro ipso ad recuperandam æstimationem, quam habebat.

Nõ facta compensatione in datione in solutum viget ius debitoris ad illam compensationẽ.

Cessa substantia rei videtur cessũ quodcunque ius, quod consequitur.

Retinet ius ad reintegrationem in excessu.

Dices ex eo, quod res illa prius data in pignus, modo sit data in solutum, pignus ipsum intelligitur dissolutum, ergò ratione ipsius non poterit amplius actio pignoratitia vigere. Consequentia tenet, quia non possunt amplius esse actiones ex contractu, qui in sua substantia non perseuerat. Sed contra, quia, quantumuis per illam dationem in solutum intelligatur dissolutum quoad substantiam, virtualiter tamen manet quoad effectum actionum, donec constituatur æqualitas inter ipsos contrahentes; vndè dici posset, quod in hac hypothesi debitor posset ad vtrumque agere, & ad pignus quoad substantiam, & ad compensationem deteriorationis ad effectum hanc præcisè consequendi, ea proportionali ratione, qua dicebamus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs 2. Disq. 4. §. 14. num. 3.*, quod soluta sorte principali possit creditor agere ad interesse non simpliciter, sed agendo etiam ad sortem, non ad finem eam consequendi, sed interesse propter ipsam iuxtà ea, quæ tradit *Bartolus in l. vlt. ff. de eo, quod cert. loco, Scaccia de commerc. §. 1. q. 7. part. 2. ampliation. 8. num. 308. per textum in l. non vtique §. item, Iulianus ff. de eo, quod certo loco*, &, sicuti, si ex culpa creditoris pignus esset extinctum quoad totum, non propterea cessa est actio ad illius æstimationem consequendam, ità ex eo, quod quoad partem fuerit deterioratum, & quoad partem cessum creditori non propterea debet cessare actio pignoratitia ad consequendam æstimationem pro illa parte deteriorata.

Contractus licet remaneat dissolutus remanet tamen virtualiter quoad effectus.

Dixi, *nisi liberè cesserit iuri suo*, quia, sicuti posita satisfactione pro debito potest etiam gratuito cedere pignori in fauorem creditoris, ità satisfacto pro eodem potest cedere actioni, quam habet ad reintegrationem ratione deteriorationis inductæ &c. 4

---

§. II.

An re oppignorata concessa ex sententia Principis creditori, si postea fuerit euicta, possit creditor aduersus debitorem agere hypocaria.

SVMMARIVM.

Difficultatis series in suis terminis. 1.

Variæ considerationes notabiles ad rem præsentem. 2.

Creditor in data hypothesi non potest agere aduersus debitorem hypothecaria, nec pignoratitia contraria. 3.

In data hypothesi competit creditori actio vtilis ex empto ad interesse, quod etiam in compensationem deducitur. 4.

In contractu emptionis re euicta competit emptori actio vtilis ex empto ad interesse. 5.

Dis-

1 Disquisitio II. Obligauerat Caius pro certa pecuniæ quantitate prædium quoddam in fauorem Francisci creditoris; cumq; Caius à solutione desisteret, à Principe petijt Franciscus, vt liceret sibi rem obligatam habere iure dominij, prout de facto impetrauit. Possidente Francisco ex tali impetratione, res ab eodem possessa fuit per tertium quemdam legitimè euicta. Hic orta fuit controuersia, an Franciscus adhuc haberet actionem aduersus Caium per actionem pignoris?

Lucidatur status controuersiæ.

2 Hęc difficultas secundum varios casus, & circunstantias potest examinari; vel enim Franciscus simul cum illa re habebat hypothecam siuè tacitam, siuè expressam in alijs omnibus bonis eiusdem Caij, vel solum in illa re determinata, quæ erat sibi oppignorata, & postea euicta. Rursus difficultas potest examinari, vel in ordine ad actionem hypothecariam, vel in ordine ad aliquam aliam actionem, & quamnam.

Variæ considerationes circa factum.

3 Respondeo primò, in data hypothesi creditorem non posse amplius agere aduersus debitorem hypothecaria, nec pignoratitia contraria. Expressè hæc responsio colligitur *ex d. l. eleganter ff. de pignor. act.*, vbi sic legitur *Eleganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor à Cæsare, vt pignus possideret, idque euictum esset, an habeat pignoratitiam contrariam? Et videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum.* Ratio huius responsionis, & iuris, cui innititur, ea est, quia per solutionem debiti pignus dissoluitur per ea, quæ supra in vltima Prænot. dicta sunt, sed quando creditor ex Decreto Principis propter suum creditum possidet iure dominij pignus, perindè est, ac si solutionem crediti receperit ab eodem debitore, cum pignus ipsum subrogetur loco pecuniæ per debitorem soluendæ, & quoad effectum dissolutionis contractus parum refert, quod solutio facta fuerit in pecunia numerata, vel in aliqua alia specie, ergò &c. Sed quando pignus iam est dissolutum non potest amplius pignoratitia contraria agi, ergò &c. Neque dicas iuxtà asserta in præcedenti §. quod etiam per dationem pignoris in solutum intelligatur pignus dissolutum, & nihilominus adhuc debitor possit pignoratitia directa agere contra creditorem ad reintegrationem rei deterioratæ iuxta æstimationem, quam habebat res ipsa, quando primò fuit tradita in pignus, ergò etiam, quantumuis in præsenti hypothesi intelligatur pignus dissolutum, nihilominus, si hoc fuerit legitimè euictum, poterit creditor pignoratitia contraria agere ad creditum aduersus debitorem, quandoquidem, si contractus non perseuerat realitèr, perseuerat virtualitèr donec creditor legitimè consequatur suū creditum; Contra enim impugnaberis, quia in primo casu de pignore dato in solutum, licet quoad totum sit extinctum ius creditoris, qui dicitur integrè satisfactus, non est tamen extinctum ius debitoris, quod habet, ne res sua pignorata deterioraretur, ex qua deterioratione consurgit actio pignoratitia directa, adeoq; &c. in secundo autem casu per illam concessionem factam in fauorem creditoris iure dominij vtriusque ius supponitur absolutè extinctum, adeoq; &c.

Cessat actio hypothecaria, & pignoratitia contraria.

Datio rei in solutū, & solutio actualis in effectu æquiualent.

Instantia proposita aduersus probationem, eiusque solutio.

Dices, res illa concessa per Principem creditori iure dominij non transijt cum pleno iure, sed solummodò cum dominio vitiato in eundem creditorem, ratione cuius intelligitur euicta, ergò non extinguit ius creditoris, nisi ad summum, & quodamodo conditionatè, & sic, si res fuerit euicta, iterum vigebit ius ad actionem pignoratitiam contrariam. Sed contra, quia eo ipso, quod ad instantiam eiusdem creditoris fuerit per Principem eidem pignus adiudicatum, videtur absolutè creditor suo cuicunq; iuri cessisse.; vndè merito *in ead. l. eleganter in princip. ff. de pignor. act.* dicitur *Videtur finita esse pignoris obligatio, & à contractu recessum.* Rationemque ibi adducit *Glosa in verb. finita*, quia scilicet, *tunc creditor Dominus esse capit rei sibi oppignoratæ*, & per hoc respondet ad nonnulla iura, quæ in contrarium afferebantur, & primò *ad l. debitor ff. ad Trebel.* in qua dicitur, quod hæres rogatus de restituendo, si adeat hæreditatem, licet sit Dominus factus rei sibi obligatæ remanet tamen sibi hypothecaria; respondet, inquam, ibi non esse factum Dominum rei, quandoquidem eandem restituit, vndè quasi prius perempta restituitur, vel resuscitatur, vt habetur *ex l. 2. in fin. ff. si ex noxal. causa*, quod non militat in nostra hypothesi, secundum quam creditor supponitur absolutè Dominus. Secundò *ad l. ex sextante §. latinus in fin. ff. de except. rei iud.*, vbi, cum quis ex quadam generali transactione factus fuisset Dominus rei sibi obligatæ, dicitur tamen, si à possessione cecidit, quod possit agere hypothecaria, ad quem textum respondet eadem Glosa, quod dominium non fuerit translatum in creditorem, quia eidem non fuit concessa illa res tanquam esset concedentis, sed tanquam alterius, & ideò errans dominium non mutauit per textum *in l. 3. §. subtilius ff. de condit. caus. da.*

Pignus adiudicatum per Principē ad instantiam creditoris eidē creditori inducit cessionem iurium, & quomodo.

Intelligitur absolutè creditor factus dominus rei.

Errans dominiū non mutat.

Respondeo secundò, in data hypothesi competere creditori actionem aduersus debitorem vtilem ex empto ad interesse, quod etiam in compensationem deducitur. Colligitur *ex l. eleganter ff. de pign. act.* Ibi *immò vtilis actio ex empto accomodanda* 4

Competit tamē actio vtilis ex empto ad interesse.

da

Illa datio pignoris in solutũ æquiualet venditioni.

da est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debet, eis satisfiat, vel in quantum eius intersit. Ratio huius responsionis facilè ex eo deducitur, quia illa concessio Principis facta creditori, ità vt pignus possideat iure dominij, æquiualet in re emptioni, quandoquidem loco pretij creditor cedit creditum, & debitor dat pignus tanquam mercem, sed in contractu emptionis euicta re empta emptor agit vtili actione ex empto ad interesse, ergo &c.

§. III.

Quonam tempore, & quare actio pignoratitia directa competens debitori nascatur.

SVMMARIVM.

Elucidatur status controuersiæ. 1.

Actio pignoratitia, quantumuis originem habeat à contractu inito, intentari non potest, nisi posita conditione solutionis debiti. 2.

Actio tutelæ non oritur, nisi finita tutela. 3.

Actio ex stipulatu pro dote non oritur, nisi finito matrimonio. 4.

Potest tamen intentari, si creditor res sibi pignoratas iniustè, & inhonestè adhibeat. 5.

Item pro damnis, seu interesse passis ob dolum, seu culpam creditoris. 6.

Item quando pignus datum est sub conditione, & illa defecit. 7.

Extincto debito, potest debitor agere pignoratitiæ, siue sit extinctum pecunia, siue specie, non solum ad reportandam rem propriam, sed etiam alienam, si hæc fuerit pignorata. 8.

1 Status difficultates exponitur.

DIsquisitio III. Constituto contractu inter Demetrium, & Octauium, ex quo Octauius factus est debitor erga eundem Demetrium de summa librarum centum imperialium, ille huic pignus assignauit, & tribuit; ex quo in defectum solutionis cautum remaneret. Debitum persoluit Octauius, vel fortè etiam ante debiti solutionem contendebat agere pignoratitia directa aduersus Demetrium creditorem ad repetendum pignus. Hinc ad soluendas pleresque difficultates proponitur examinandum, an verè competat actio pignoratitia eidem debitori aduersus creditorem, & quandonam incipiat in fauorem eiusdem debitoris hæc actio, an à tempore constituti pignoris, an verò solummodò à tempore debiti soluti, & an quandoque etiam ante debitum solutum.

Respondeo, regularitèr loquendo, quantumuis actio pignoratitia originem habeat a contractu inito intentari non potest, nisi posita conditione solutionis debiti *Negusantius de pignor. membr. 2. partis septimæ num. 7., & seqq.* Colligitur expressè per textum *in l. si rem alienam, §. omnis, ff. de pign. act.*, nec incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem in primis non constituto pignore non potest esse actio pignoratitia siue directa, siue vtilis, sicque huiusmodi actiones originem trahunt ab ipso contractu, qui non nisi re perficitur per textum, *§. fin. instit. quib. mod. re cont. oblig.* Deindè debitor tradito pignore non habet ius illud repetendi, nisi prius id soluerit, pro quo, seu in cuius securitatem datum est.

2 Intentari non potest sine solutione debiti.

Ad hanc responsionem nostram corroborandam multa adducit *Glosa in d. l. si rem alienam, §. omnis, ff. de pignor. actione*, à quorum paritate vim non modicam sumit; sic primò affert exemplum de Tutore, respectu cuius quoad effectum in fauorem pupilli non oritur actio tutelæ, nisi eadem finita, & completa administratione, & tamen huiusmodi actio originem trahit ab eadem tutela suscepta, & administratione per textum *in l. si tutor in fin. ff. de tutel.* Secundò in actione ex stipulatu pro dote, quæ certè quoad effectum regularitèr non oritur, nisi soluto matrimonio, & tamen originem trahit à contractu præcedenti per textum *in l. hac actio, ff. sol. matrim. l. 1. C. de repud., & l. si constante, §. 1. ff. sol. matrim.* Tertiò in delegatione iurisdictionis facta per Proconsulem suo legato, antequam ipse Proconsul ingrederetur Prouinciam, quæ certè iurisdictio quoad effectum non incipit in ipso legato, nisi post ingressum Proconsulis, & tamen originem trahit à mandato præcedenti per textum *in l. obseruare, §. fin. ff. de off. Procons.*, & alia huiusmodi.

3 Actio tutelæ non oritur, nisi finita tutela.

4 Actio ex stipulata pro dote non oritur, nisi soluto matrimonio.

Dixi, *regularitèr loquendo*, nam in multis fallit prædicta regula; fallit primò in hypothesi, qua creditor res sibi oppignoratas pro suo credito iniustè, seu inhonestè malè adhiberet, seu tractaret, puta si ancillam pignoratam prostitueret, tunc etenim debitor etiam ante solutionem debiti, seu satisfactionem posset actionem pignoratitiam directam intentare, eandemque repetere per textum *in l. elegantèr, §. fin. ff. de pignor. act.* Dixi copulatiuè, *inhonestè malè*, nam, si malè præcisè vteretur sine inhonestate, posset debitor quidem agere pignoratitia aduersus eundem ad interesse, non tamen ad repetendum, quia tunc pignus non solueretur per dictum textum *in l. elegantèr, & ibi Bartolus, & Paulus de Castro, ff. de pign. act.*, Fallit secundò, quando debitor

5 Exceptiones ad regulam generalẽ.

Si pignore creditor abutatur.

6 debitor vellet agere pignoratitia aduersus creditorem pro damnis, seu interesse passis ob dolum, seu culpam eiusdem per textum *in l. fin. in princip. 2. resp. ff. de pignor. act.*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem ante solutionem iam ius acquisiuit ad illorum compensationem, nec est, cur huiusmodi actio debeat differri. Fallit tertiò, quando pignus datum est sub conditione, & illa defecit per textum *in l. solutum, §. 1., & ibi Bartolus, Castrensis, & Salicetus ff. de pign. act.*

Ius acquisiuit ad compensationem damnorū etiam ante solutionem.

7 Ex hac responsione plura inferuntur ampliatiuè, & primò, quod debitor soluto debito possit pignoratitia directa agere ad repetendum pignus, si non solum soluerit debitum pecunia numerata, sed etiam si 8 alio modo ad æqualitatem satisfecerit consentiente creditore, vel etiam alio modo cauerit, vel per substitutionem aliorum pignorum, vel etiam per præstitam fideiussionem per textum *in l. solutum, §. omnis verb. satisfactum, ff. de pign. act.*, intellige etiam per nouationem voluntariam. Secundò, quod persoluto debito, vel aliter satisfacto creditore possit pignoratitia agere nō solum ad repetendam rem propriam, sed etiam alienam, si fortè eandem in pignus tradiderit per textum *in l. si rem alienam, §. is quoque, ff. de pignor. act.* Tertiò, quando debitor egisset pignoratitia ante solutum debitum, dummodò pendente iudicio persoluerit, quia tunc pignoratitia posset pignus repetere, & consequi per textum *in dict. l. si rem alienam, §. fin. ff. de pignor. act.* Alias plures ampliationes sub infert *Negusantius de pign. dict. memb. 2. partis septimæ à nu. 9. vsque ad finem*, quas tu apud eundem recole.

Potest agere, siue numerata pecunia, siue alio modo extinxerit debitū

Aduerte hic tamen primò, quod, si debitor persoluerit sortem principalem, non tamen vsuras ex dicta causa, si tamen hæ legitimè sint debitæ, non possit pignoratitia directa agere ad repetendum pignus, nisi prius satisfecerit pro eisdem vsuris *Negusantius loc. cit.*, vbi explicat subintelligendo, quando pignus esset datum tam in securitatem sortis principalis, quam earundem vsurarum per textum *in l. per retentionem, C. de vsuris*. Item, quod non possit agere pignoratitia, si vni ex hæredibus soluerit suam legitimam portionem, & non alteri per textum *in l. solutum, §. si creditori, ff. de pign. act.* Nec item, si creditor post receptam solutionem à debitore pignus ab eodem emerit; nam tunc cessat pignoratitia in fauorem debitoris, ob superueniens dominium in creditore per textum *in l. aliena, §. fin. ff. de pign. act.* Nec item si debitor soluerit pecunia reprobata per textum *in l. eligantèr, §. qui reprobos, ff. de pign. act.* Alias exceptiones enumerat idem *Negusantius loc. cit. à num. 16. ad fin.* quas tu apud ipsum vide.

Nō sufficit, quod soluerit sortem, sed debet etiam soluisse interesse.

---

§. IV.

An quid agere debeat creditor, quandò pignoratitia contraria agit aduersus debitorem, qui rem alienam tradidit in pignus.

SVMMARIVM.

Refertur status specialis controuersiæ. 1.
Refellitur illorum opinio, qui asserunt, posse agere, vt sibi conferatur aliud pignus æquè idoneum. 2.
Actio pignoratitia contraria, quæ competit in ea hypothesi creditori, est tantum ad interesse. 3.
Explicatur, in quo consistat illud interesse, ad quod creditor habet actionem. 4.
Actio pignoratitia ad illud interesse non datur aduersus fideiussorem, sed tantum ad pecuniam debitam. 5.

Disquisitio IV. Oppignorauerat Franciscus debitor in fauorem Caij creditoris rem quandam pretiosam, quæ non erat propria, sed aliena. Agente Domino talis rei actione vendicatiua eandem repetijt è manibus eiusdem Caij. In hac hypothesi competere eidem Caio actionem pignoratitiam contrariam certo certiùs est. Difficultas modo est, ad quidnam dari possit huiusmodi actio pignoratitia contraria. 1

1 Exponitur facti series, eiusque status.

Glosa *in l. cum debitor, ff. de pign. act.* refert aliquos docuisse in hypothesi præsentis quæstionis posse creditorem pignoratitia contraria agere ad hoc, vt sibi detur per debitorem aliud pignus æqualis bonitatis, & valoris. Verum huiusmodi Doctores, eorumque sensum reijciunt *Bartolus, & Salicetus in dict. l. cum debitore, ff. de pign. act.*, dicentes, quod licet debitor possit dare creditori aliud pignus æquè idoneum, non possit tamen compelli per aliquam actionem ciuilem ad illud conferendum, quandoquidem obligauit rem illam in particulari, & per hoc respondent ad textum *in l. qui autem, §. 1. ff. de constit. pecunia*, cui innituntur contrariæ sententiæ assertores; respondent, inquam, quod ille textus rectè quidem procedat, sed nihil faciat in casu nostro præsenti, quandoquidem ille textus procedit in casu, quo facta fuerat obligatio generalis de dando pignore; hic autem facta est obligatio pignoris in particulari, nec aliud fuit obligatum. Quamobrem

2 Sētentia asserens posse agi ad aliud pignus.

Refellitur illa opinio.

Res-

3 Respondeo, actionem pignoratitiam contrariam, quæ in hac hypothesi competit creditori aduersus debitorem, qui rem alienam oppignorauerat, esse solummodò ad interesse *Bartolus in d. l. cum debitore, ff. de pignor. act.*, *& ibi Glosa*, *Negusantius de pignor. d. membr. 2. partis septimæ num. 20.*, hocque expresè euincit textus *in d. l. cum debitore*. Difficultas solùm remanet in explicando, in quo consistat istud interesse, ad quod datur actio pignoratitia contraria? Secundum varios respectus, quos habere potest pignus, variè explicant hoc interesse *Glosa*, *Bartolus*, *& Salicetus loc. cit.* Mihi placet asserere, hoc interesse, ad quod datur actio pignoratitia contraria in fauorem creditoris, in eo consistere, quod haberi debeat ratio de illo pluri, quod importat pignus supra simplicem actionem personalem, & ad illud possit agi, eaque ratio esse potest, quam adducit *Bartolus loc. cit.*, quia interest nostra potius pignori incumbere, quam in personam agere, cum debitor possit effici non soluendo, sicque æstimandum est, hoc interesse ad proportionem æstimationis, quam habet pignus supra personalem simplicem actionem *arg. l. 1. §. si hæres, ff. ad trebell.*

Illa actio est ad interesse.

In quo consistat illud interesse.

4 Interest potius pignori incumbere, quam personæ.

5 Hic oritur aliqualis difficultas, an, si creditori vltrà pignus in re aliena, fuerit etiam tradita cautio fideiussoria, possit in casu vendicationis pignoris per verum dominum agere pignoratitia contraria aduersus fideiussorem ad illud interesse, de quo suprà, an verò tantum ad pecuniam debitam per principalem debitorem in subsidium eiusdem. Respondeo breuitèr, non dari actionem pignoratitiam aduersus fideiussorem ad illud interesse, sed tantum actionem ad pecuniam debitam *Bartolus in l. si in pignore, ff. de fideiuss.*, *Negusantius de pign. d. memb. 2. part. septimæ n. 11.* Expresè habetur *in d. l. si in pignore*, ibique reddit rationem Bartolus, quia fideiussor non se obligauit pro qualitate pignoris per debitorem traditi, sed pro pecunia soluenda.

Fideiussor non se obligauit pro qualitate pignoris.

---

§. V.

An pactum, vt si res empta euincatur, pignus intelligatur emptum pro ea, subsistat.

SVMMARIVM.

Quinam sit status difficultatis, exponitur. 1.

Pactum illud subsistit, si pignus fuerit æqualis valoris ad rem euictam, seu ad pretium per emptorem solutum. 2.

Æqualitas pignoris est arbitranda per prudentum iudicium. 3.

Disquisitio V. Emit rem Titius à Caio iusto, & conuento pretio, sed, cum dubium esset de proprietate rei respectu eiusdem Caij, Titius exegit pro securitate rei emptæ, seu pretij per se soluti in emptione illius pignus ea adiecta conditione, seu pacto, vt, si res illa fuerit euicta, pignus datum in securitatem cedat in locum eiusdem rei emptæ. Contigit, quæstionem super proprietate illius rei moueri, & de facto euinci. Modò iam quæritur, an illud pactum cum conditionibus in illo appositis subsistat, & validum, & licitum sit. 1

Exponitur facti series.

Respondeo, illud pactum subsistere, & validum, & licitum esse, si pignus fuerit æqualis valoris ad rem euictam, seu ad pretium per emptorem solutum, secus, si fuerit valoris inæqualis, & tunc erit per emptorem restituendum excessum, si res oppignorata fuerit maioris æstimationis supra rem emptam, & euictam, vel per debitorem compensandus defectus, si res pignorata fuerit deterioris valoris. Ità in vniuersum *Ognate tract. 20. de hypoth. disp. 59. sect. 6. num. 35.*, & in hoc consentiunt *Azorius instit. mor. part. 3. cap. 7. nu. 10.*, *Filliucius tract. 38. c. 9. num. 182.* 2

Valet pactum, si pignus sit æqualis valoris.

Expresè euincitur hæc responsio primò *ex l. si fundo, §. Imperatores Seuerus, & Antoninus, ff. de pignor.* Secundò *ex l. 1. C. de pact. pign.* Tertiò, quia potest ab initio fieri conuentio, quod, si debitor intra certum tempus debitum non persoluerit, possit creditor pignus diuendere, & ex pretio ex eodem præcepto sibi satisfacere pro suo credito per ea, quæ supra commendauimus, & vberius etiam infrà dicetur, ergo etiam poterit ab initio fieri conuentio, vt, si res empta non conseruetur emptori, possit idem emptor pignus sibi traditum in securitatem eiusdem rei sibi ipsi illud diuendere pro iusto pretio, si enim ex conuentione elapso tempore præfinito potest alteri vendere, cur non poterit sibi ipsi?

Iura euincentia intentum.

Dixi, *si pignus fuerit æqualis valoris ad rem euictam*, nam in huiusmodi pactis semper attendenda est proportionata æqualitas requisita ad iustitiam commutatiuam, non minus, ac in ipsis contractibus, vndè, si ex parte alicuius ex contrahentibus pactum illud inducat inæqualitatem aliquam, reducenda res est ad æquilibrium; vndè meritò subiunxi, quod, si pignus fuerit inæqualis valoris, tunc per eum fit ponenda compensatio, per quem constituta est læsio.

Hic tamen aduertendum est, quod in hac hypothesi ad tollendas præsumptiones fraudium æquius æqualitas pignoris 3

fit

Ad tollendas præsumptiones fraudũ. sit arbitranda per prudentum iudicium, quam sit taxanda per libertatem, & affectum alicuius ex contrahentibus, ne scilicet sit præsumptio, quod emptor non attento valore pignoris taxet pretium eiusdem sine habitudine passi ad repassum, seu contrapassum, & quod potius locum habeat affectio, & arbitrium, quam iustitia. De ijs plura egi *sub hoc eod. tit. Contractus XI. de pign., & hypoth. prænot. 12. per tot.*, quæ tu ipse ibi recole, & hic applica.

§. VI.

De obligationibus, quæ consurgunt ex contractu pignoris, & hypothecæ ex parte debitoris.

SVMMARIVM.

1 Rationes circa quas versatur titulus propositus.

DIsquisitio VI. Contraxerant ad inuicem Fabius, & Theodoricus, & ex contractu factus est debitor Theodoricus de summa libratum bis mille imperalium, pro quibus constituta est hypotheca in bonis eiusdem Theodorici, vel promissum pignus in fauorem creditoris. Hic iam quæritur, quales, & quænam consurgant ex tali contractu obligationes ex parte eiusdem debitoris, ex quibus etiam innotescet, quænam etiam actiones aduersus ipsum debitorem oriantur in fauorem creditoris; obligationibus etenim ex parte pignorantis, seu debitoris correspondent actiones ex parte, seu in fauorem pignoratarij, seu creditoris, atque his actionibus creditoris correspondent exceptiones in fauorem pignorantis.

2 Obligatur ad tradendũ pignus.

Respondeo, ex parte debitoris ex vi contractus consurgunt plurimæ obligationes, quibus correspondent proportionatæ actiones in fauorem creditoris. Singulas expono, & explico.

Contractus est vinculũ iuris.

Prima est, vt ipse debitor præstet pignus, quod promisit, quantum, & quale promisit. Clarè liquet ex eo, quod per contractum, qui celebratur mutuo contrahentium consensu, ipsi contrahentes ligantur ad seruanda conuenta, est etenim ipse contractus vinculum iuris *l. 1. ff. de act. empt., & l. ex empto, ff, eodem, Molina disp. 534. §. illud, & disp. 535. vers. quod ad tertium.* Dixi, *quantum, & quale*, quia contractus non solum obligat ad quid, hoc est ad substantiam, sed etiam ad quale, & quantum, hoc est ad qualitatem, & quantitatem rei promissæ, sicque pacta conuenta adimplenda sunt adamussim *l. pacta conuenta, ff. de contrab. empt.*, vndè, si quis promiserit dare in pignus vinum, &

con-

conferat acetum, vel aurum, & conferat auricalcum non satisfacit oneri, quod assumpsit in contractu, sed obligatur ad verum aurum, vel vinum tradendum; nec inefficaci rationi hoc assertum innititur, quandoquidem, cum conuentio sit non solum de substantia rei, sed etiam de quantitate, & qualitate, ipsæ qualitates, de quibus simul cum substantia facta fuit conuentio, æquè primò sunt cum eadem substantia obiectum talis conuentionis iuxtà textum *in l. necessario, ff. de peric., & com.* ex quibus etiam deducitur, quod, si promisit idoneam, & liberam hypothecam, non satisfaciat erogando inidoneam, & alteri obligatam, seu priori hypothecæ subiectam, nisi res illa fuerit sufficiens, & idonea pro vtraque obligatione, vel secundus creditor consenserit, quantumuis alteri prius fuerit obligata, nec minùs rem litigiosam, nec litibus obnoxiam.

3 Enumeratur actiones aduersæ competentes creditori.

Huic obligationi consurgunt actiones ex parte creditoris, primò ad hoc, vt res sibi promissa conferatur. Secundò, vt res tradatur secundum qualitates, & quantitatem promissam, & secundum omnes conditiones, & circumstantias, & non obligata vt supra, atq; ad hoc potest agere pignoratitia vtili directa &c.

4 Exceptio ex parte debitoris, quod pecunia nō fuerit soluta.

Excipere tamen potest debitor, quod pecunia, seu res sibi promissa, ob quam pignus promisit, non fuerit actu tradita *l. si pignoris conuentionato, ff. de pignor.*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem quis non tenetur id conferre, quando non confertur id, propter quod promisit conferre, & non seruanti fidem fides non est seruanda ex vulgatis iuribus. Secundò, quod promiserit in diem, vel sub conditione, quia tunc creditor ante diem, & ante adimpletam conditionem non potest agere aduersus debitorem ad pignus *Molina disp. 532., Gregorius Lopez in l. 17. tit. 13. part. 5., Azot. in summa col. 7. C. quare pignori, Ognate tract. 20. disp. 58. sect. 3. n. 51.* quia tunc tantum conuentiones sunt adimplendæ, quando ex pacto tempus adimplementi aduenerit. Excipiendus tamen est casus, quando debitor esset suspectus, quod pro tempore adimplementi non esset adimpleturus, vel ex impotentia, vel ex malitia, & fraude, quia tunc posset conueniri ad adimplendum ante diem. Tertiò, quod semel promissionem adimpleuerit, siue postea res perierit, vel casu fortuito, vel ex culpa creditoris, quia tunc iam sufficientèr compleuit, quod promisit.

Quod promissionem semel adimpleuerit.

Secunda obligatio est, vt pignus datum possit distrahi a creditore non soluente debitore conuento tempore; nec ad hoc requiritur specialis facultas ex pacto expresso, cum tacitè habeatur ex vi ipsa contractus *l. 1., & 2. C. de destract. pign., & ibi Bartolus, Salicetus, & Glosa, & l. si debitor, C. eod., & l. si cessante, ff. eod.*, nam superuacaneus esset omninò contractus pignoris, si pignoratarius elapso præscripto tempore, ad quod datur, non posset de illo disponere, quinimmò eidem creditori omninò onerosum esset, cum teneretur rem illam conseruare *dict. l. cum cessante, C. de destract. pignor.* Ibi- *Oblatio debiti ante destractionem impedit eam, post distractionem non resoluit venditionem.*

5 Ex conuentione potest distrahi pignus, si debitum nō fuerit solutum.

Pignus posset esse onerosū creditori.

Circa hanc obligationem multæ suboriuntur rationes dubitandi, & primò, an si debitor ante diem solutionis debiti ipsum quoad partem soluerit, & non quoad totum, possit nihilominus creditor elapso tali tempore pignus alienare pro parte debiti, quam non soluit. Secundò, an sicuti elapso tempore præfinito potest pignus in alios distrahere per venditionem, ità possit etiam vendere eidem debitori, cuius erat quoad proprietatem, & viceuersa, an debitor ante moram possit vendere eidem creditori. Tertiò, an, si creditor post moram pignus venditione in tertiam quandam personam distraxerit, & res vendita euincatur, teneatur ipse venditor de euictione, an verò debitor. Quartò, quid seruare debeat ipse creditor ad validè, & licitè distrahendum pignus post moram commissam. Quintò, quid requiratur propriè ad committendam moram, ad hoc vt creditor possit distrahere.

Variæ rationes dubitādi, circa hāc obligationem.

6 Potest distrahere etiā pro parte debiti commissa mora.

Ad primum asserendum absolutè est, posse elapso termino præfinito, seu com missa mora etiam solummodò quoad par tem debiti creditorem pignus distrahere ad sibi consulendum pro reliquo suo credi ti. Colligitur expressè *ex l. quandiu, C. de destract. pign.*, vbi expressè sic legitur. *Quandiu non est integra pecunia creditori numerata, etiam si pro parte maiori eam consecutus sit, destrahendi rem obligatam non amisit facultatem.* Rationem huius assertionis, seu iuris adducit *Butrius in eadem l. quandiù*, consistentem in eo, quod ius pignoris est indiuiduum, & non solum pro parte, sed pro toto indiuisibilitèr, & hoc adeò verùm est, vt possit distrahi etiam pro minima parte crediti non soluti. Hoc planè euincit *Glosa in eadem l. quandiù, ff. eod.*, vbi efformat casum de debitore sub pignore pro quantitate centum librarum, & supponit, quod nonaginta nouem fuerint solutæ, & solum debitum remaneat quoad vnam, in qua hypothesi adhuc sustinet, quod pro illa possit pignus distrahere. Hic tamen contrauertendum remanet, an si plura essent sub pignore obligata, & debitū esset solutum quoad maiorem partem, posset licitè creditor ad sibi consulendum pro ressidua illa parte crediti distrahere pro arbi-

trio rem maximam ex illis. Ex eo, quod dictum fuerit, esse indiuiduum, videtur etiā dicendum, quod ex arbitrio possit creditor quodcunq; voluerit, ad sibi subueniendum distrahere, nec sufficit, quod longè maioris valoris sit ad creditum, cum etiam pignus valoris pro tota quantitate possit ex mox dictis diuendi pro modica residua quantitate.

7 Non versatur bona fide creditor, si vendat res maioris valoris pro exigua parte debiti.

Nihilominus sentiendum est, bona fide non versari creditorem, si habens res minores sufficientes, vt sibi consulat, maximas diuendat, *Glosa in d. l. quandiù, C. de distrat. pignor. per arg. l. magis, §. item prætor, ff. de re eor., & l. 1. §. denique, ff. de acq. plur. arc.*, nec obstare potest *arg. l. creditor, ff. eod., & l. qui pignori, ff. de pignor*; Non, inquam, obstare potest, quia *in d. l. creditor*, nihil inuenitur dispositum, quod officiat tali rei, *in d.* verò *l. qui pignori*, solum dicitur, quod *qui plures res pignori accipit, non possit cogi vnam liberare, nisi accepto vniuerso, quantum debetur*, quod non importat, quod, si possit consequi totum id, quod ipsi debetur, per distractionem pignoris minoris, non teneatur illud solum distrahere, potest enim velle quousque pignus perseuerat, vt totum sibi traditum obligatum remaneat, quia ius plenum habet fundatum in toto; in satisfactione autem sui crediti non potest, nisi velle integram sui satisfactionem, quam, si possit consequi ex distractione minoris commodi, non est, cur debeat, & possit iustè eam velle consequi in distractione maioris cum præiuditio veri Domini; & iuxtà hanc doctrinam facilè etiam erit respondere ad id, quod asserebatur de indiuiduitate pignoris; quamuis enim totum obligatum remaneat, quousque integrè ponatur satisfactio, quotiescunque tamen satisfactio ponenda est ex omnimoda æquitate debet contentus esse de eadem quomodocunque facilè, & commodè poni, & exigi potest cum minori præiuditio debitoris.

8 Creditor nō potest rigorosè pignus vendere debitori.

Ad secundam dicendum est, pignoratarium elapso termino ad soluendum non posse rigorosa venditione pignus transferre in debitorem, nisi in conuentione pignoris additum fuerit pactum, vt, si ipse debitor conuento tempore debitum non persoluerit, ipso facto pignus intelligatur emptum, & acquisitum creditori iusto, & proportionato pretio iuxtà superiùs dicta, benè tamen analoga quadam translatione, quatenus pignus, quod erat apud eundem pignoratarium in securitatem per possessionem saltem corporalem, & cum iure quodam, quod non posset compelli ad illud restituendum pignoranti, recipiendo suum creditum, quod potuisset ab altero recipere vendendo ipsi propriè pignus, quod apud se detinebat, & in quo fundatum habebat suum creditum; è contrà verò ipse debitor rigorosa venditione potest pignus transferre in creditorem quodamodò consolidando possessionem ciuilem, & proprietatem cum possessione, seu detentione corporali. Ità in vniuersum *Ognate dict. tract. 20. disp. 57. à num. 61. ad 67. exclusiuè*, qui tamen meo videri efficaci ratione non procedit saltem ad probandum, quod creditor rigorosè non possit vendere debitori; asserit enim, quod ideò debitori pignus non possit propriè vendere, quia creditor non habet dominium in pignore, & per consequens illud non possit transferre in debitorem, cum nemo plus iuris possit in alium refundere, quam ipse habeat; venditio autem ex genere suo videtur importare hanc dominij translationem.

Probatio Ognate valdè inefficax ad rem præsentē

Sed debuisset aduertere *Ognate*, quod hac ratione creditor etiam post moram non posset in aliam quamcunque personam extraneam pignus per venditionem transferre, quandoquidem ipse dominium rei, vt pleno ore fatetur, non habet, sicque, si venderet plus iuris in alium transferret, quam ipse habeat. Sanior igitur probatio erit, si asseratur, quod ideò eidem non possit in rigore vendere, quia ipse debitor habet dominium in eodem pignore, & venditio in genere importat translationem eiusdem dominij, quæ non potest esse in debitore, cum iam eodem gaudeat.

Venditio importat translationem dominij in emptorem.

Dixi, *benè tamen analoga quadam venditione*, quod non solum intelligendum est iuxtà terminos expositos, sed etiam, quia ob moram creditor aliquod ius alienandi rem illam sibi oppignoratam acquisiuit, illudque consolidauit cum possessione corporali, qua prius gaudebat, quod quodamodò transfert in ipsum debitorem, dum ei cedit rem pignoratam, quam ratione talis iuris poterat in alium transferre.

Debitor habet ius plenum in pignus per se collatum creditori.

Ratio verò, cur possit debitor propriè vendere rem oppignoratam creditori, ea est, quia ipse habet ius dominij, vsusfructus, possessionis ciuilis, & naturalis in rem illam, ergo non est, cur rem illam in creditorem non possit propria venditione transferre, qui sola nuda corporali detentione gaudet, & quidem computando creditum illius, vel pro parte, vel pro toto pretio, iuxtà quod pignus in valore adæquat, vel non adæquat quantitatem eiusdem crediti. Hoc totum habetur *in l. rescriptum, & ibi Doctores, ff. de distract. pignor.* Accedit, quod in ipsa constitutione pignoris potest fieri conuentio, vt, si debitor conuento tempore debitum non persoluerit, possit creditor habere pro empto pignus, si tamen constituatur proportionata æqualitas inter creditorem, & debitorem, & inter creditum, & pignus per ea, quæ superius fuerunt commendata, ergo etiam poterit debitor, si conuento tempore debitum

bitum non persoluerit annuente ipso creditore pignus transferre absolutè in creditorem, eidemque omnia iura sua diuendere; si enim potest de hoc pacisci antecedentèr ad moram, vt eueniente mora, emptio teneat, non video, cur etiam, si antecedentèr non fuerit pactum, eueniente tali mora non possit pacisci, & propriè per illud pactum constitui venditio.

9 Creditor vendens iure dominij tenetur ad euictioné secus vé dens iure pignoris.

Ad tertiam cum distinctione respondendum est; vel enim creditor pignus illud diuendidit iure dominij, quod in illo consecutus est, quatenus conuentum fuerit inter creditorem, & debitorem, vt, si hic debitum præfinito tempore non soluerit, pignus ipso iure, vt emptum cedat creditori pro iusto pretio, vel ipse creditor pignus diuendidit iure dumtaxat pignoris, quatenus post moram ius sibi ex vi contractus competens ad sibi consulendum rem oppignoratam contractu oneroso in alium a quo pretium recepit, transtulit. Iuxtà primum sensum assero, probabilius esse ipsum creditorem teneri de euictione; iuxtà secundum verò debitorem. Prima pars expresè euincitur *ex Glosa in l. cum iure 1., C. credit. euict. pign. non deb.* Vbi sic habet. *Vendit quis interdum, vt dominus, & tunc tenetur de euictione*, quia, ex quo vendidit rem, vt suam, ex vi contractus, si non ratione rei, tenetur eandem seruare emptori. Secunda pars expresè habetur *ex l. 1., & 2. C. creditor. euict. pignor. non deb.*, vbi æquè est sermo, siue venditor fuerit Fiscus, siue priuata persona, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quia, qui vendit iure pignoris, non vendit, vt principalis, sed ex dispositione iuris tanquam Procurator debitoris, & cum vendat iure pignoris, & vt creditor, iam emptor nouit rem illam non esse venditoris, adeoque &c. Ab his, quæ dicta sunt in hac secunda parte excipiendi sunt nonnulli casus iuxtà dispositionem iuris *in l. 2. C. credit. euict. pign. non deb.*; & primò, quando venditor vendens

10 Casus, in quibus vendens iure pignoris tenetur ad euictionem.

iure pignoris expresè se obligauit de euictione. Secundò, quando mala fide contraxit sciens rem alterius, & non debitoris. In his tamen duobus casibus exceptis, ne debitor ex aliena iactura locupletur vtili actione, conueniri poterit ad pretium, cum mala fide bona aliena obligauerit *l. si plus, ff. de euict., & l. ob causam, C. eod.* Hic tamen aduertendum est, quod, si creditor rem alienam sibi oppignoratam vendiderit, eaque per verum dominum fuerit euicta oppignoratio antecedentèr inducta in fauorem creditoris intelligatur dissoluta *Baldus in l. 2. C. de rescind. vend.*, *Negus. de pign. membr. 1. part. 5. num. 43.*, *Salicetus in d. l. 2. num. 18. vers. quæro quintodecimo, & Paulus de Castro num. 11.* Ratio autem huius notabilis ea est, quia oppignoratio

Per euictionem oppignoratio dissoluitur.

non intelligitur contracta, nisi eo modo, & iure, quo erat apud oppignorantem tempore contractus, sicque resolutio eiusdem originem habet ex causa ante obligationem.

Ad quartam iuxtà quadriplicem statum, quo potest esse constituta oppignoratio, respondendum est, vel enim quando hypotheca, seu pignoratio constituta est, actum est de termino solutionis debiti, ob quod constituta est, & simul de termino distractionis pignoris, si tempore conuento debitum non fuerit persolutum, vel dictum de termino solutionis, & nihil de tempore distractionis, vel nihil dictum est nec de termino solutionis, nec de tempore distractionis, vel tandem non solum dictum est de huiusmodi terminis, sed expressè actum, quod pignus non possit diuendi. Si primò modo res se habeat, tunc nulli dubium esse potest, quin præscindendo à quacunque denuntiatione cedente die conuento ad distractionem possit creditor pignus per venditionem distrahere, quandoquidem denuntiatio necessaria non est, vbi dies ipsa conuenta interpellat pro iure creditoris, nec certioratio necessaria est, vbi expresè supponitur, hocque plenè confirmat textus *in l. fin. sancimus, C. de iur. dom. impet.*, vbi sic legitur. *Sancimus itaque, siquidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi siue in emptione, siue in alijs conuentionibus ea obseruare, de quibus inter creditorem, & debitorem actum est*; nec certè debitor allegare posse videtur ignorantiam, siquidem ipse conuenit de tali termino ad distractionem. Quod, si supponas, quod ius debitoris vel ex morte eiusdem, vel ex aliquo alio contractu transierit in tertiam quandam personam; tunc non incongruè assererem, requiri interpellationem, seu vnam saltem denuntiationem *l. moschis, ff. de iur. Fisc., & auth. hoc ità, C. de fideiuss., Glosa in l. creditor hypothecas verb. testante, C. de distract. pign., Negusant. tract. de pignor. membr. 1. part. sexta num. 1.*, & hoc saltem ex quadam æquitate, quandoquidem congruum non est, vt quis ignorans priuetur iure suo, cum possit sibi, & creditori consulere, si sit certioratus. Si secundò modo res se habeat, probabilius censendum est, elapso termino solutionis posse nulla interueniente denuntiatione pignus diuendere *Ognate tract. 20. de hypoth. disp. 58. sect. 5. dub. 5. num. 72.*, quia illud tempus conuentum ad solutionem addito pignore, videtur implicitè, & ex genere suo inuoluere, quod pignus illud sit appositum ea conditione, vt, si solutio non sit pro illo tempore posita, cedere debeat pro solutione, in eo scilicet sensu, vt creditor possit illo vti ad sibi satisfaciendum. Accedit, quod ex eo, quod creditor apposuerit

11 **Dies ipsa interpellat pro solutione, & pro distractione.**

12 **Pignus exegit etiam ad securitatem.**

fuerit terminum ad solutionem, & simul pignus exegerit, videtur, idem pignus exegisse non solum pro securitate sui crediti, sed etiam ad securitatem non dilationis solutionis, seu satisfactionis non differendæ.

13 Si tertio modo res se habeat, tunc exigitur vna saltem denuntiatio facienda per creditorem debitori *l. fin. §. sin autem, & §. sin verò, C. de iur. pign. impet., & l. si conuenerit, ff. de pignor. act., Greg. Lopez l. 42. tit. 13. part. 5., Molina disp. 538. vers. quando non antecedit*, quia licet pignus intelligatur obligatum pro solutione debiti, congruum tamen non est, vbi nihil in constitutione ipsius fuerit dictum, vt transferatur inscio ipso debitore, quandoquidem potest ipse velle soluere, & satisfacere creditori absq; eo, quod pignus distrahatur.

14 Requiritur trina denuntiatio.

Si quarto modo res se habeat, tunc requiritur trina denuntiatio, post quam non obstante illo pacto explicito potest creditor pignus illud diuendere ad sibi satisfaciendum *Negusant. de pignor. membr. 1. part. sexta num. 3.* Ratio huius vltimæ partis, seu membri ea est, quia illud pactum vtpotè omninò contra naturam contractus, omninò irritum est, vtpotè contrà finem immediatum eiusdem, & contrà publicam vtilitatem *Glosa in dict. l. si conuenerit, ff. de pignor. act., Negusant ius de pignor. d. membr. 1. part. sexta num. 3., Ognate tract. 20. de hypotheca disp. 57. 57. sect. 3. dub. 5. num. 82.*, adeò vt creditor tali iuri vendendi non possit renuntiare *l. ius publicum, ff. de pactis, Ang. de Aret. §. 1. in fin. in verb. vnum præ cæteris instit., qui alien. li. vel non*, quia tamen supponuntur contrahentes voluisse obligari, & obligare quoquo modo rem oppignoratam, ideò limitandum est illud pactum secundum dispositionem iuris in similibus casibus, secundum quod statuitur præcipuè *in d. l. si conuenerit, ff. de pign. act.*, quod trina requiratur denuntiatio, post quam ad venditionem expectatur biennium, *Glosa in l. creditor hypothecas verb. testat. C. de distract. pign.* Huiusmodi autem triplex denuntiatio debet distinctè fieri per ea, quæ ex allegatis iuribus, & DD. probat *Ognate loco supra cit.*

Illud pactum est contra naturam cõtractus

15 Explicatur quid requiratur ad cõmittendũ moram.

Ad quintam dicendum est, ad committendam moram sufficere, quod non satisfecerit post diem conuentum ad solutionem, si de hoc absolutè conuenerit, vel post diem conditionis adimpletæ, si conuentio fuerit conditionalis, vel cedente die, si debitum fuerit in diem, quia dies ipsa interpellat pro debito; Si verò nihil fuerit dictum, ad committendam moram requiritur denuntiatio vnica per allegatum textum *in l. fin. §. sin autem, & §. sin verò, C. de iure pign. impet.*, quia tunc ipsa denuntiatio interpellat pro ipsa solutione debiti, & per ipsam creditor declaratur inuitus ad vlteriorem dilationem. Intellige tamen cum hac conditione, vt tantum intercesserit tempus, vt iuditio prudentum censeatur sufficiens attentis circumstantijs ad constituendum debitorem rationabiliter morosum; si enim statim, ac creditor acceperit pignus, denuntiaret solutionem faciendam, illegitimè quodammodò videretur interpellare.

Tertia obligatio est, vt non solum pignus per debitorem collatum stet pro onere restitutionis debiti principalis, sed etiam pro compensatione damnorum, si quæ ex mora culpabili prouenerint. *Negusantius de pignor. membr. 1. partis quintæ num. 10., Vasquez opusc. de pign. cap. 5. num. 1., Ognate tract. 20. de hypoth. disp. 57. sect. 5 nu. 101., & seqq.* 16 Hic solum potest esse aliquod dubium, an, si pignus post moram commissam, ratione cuius stat etiam pro interesse orto ex mora, diuedantur, receptum pro venditione prius sit computandum pro eodem interesse, & quod reliquum est pro debito principali, an verò è contra prius computandum pro debito principali, & reliquum pro interesse.

Stat etiã pro compensatione damnorum.

17 Sentiendum est, prius computandum esse pro interesse, deindè pro principali debito. Colligitur expresè ex *l. si autem 7., & l. fortis 35., ff. de pignor. act.* Ibi. *Cum, & sortis nomine, & vsu rerum aliquod debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet quid quid ex venditione pignorum recipiatur primum vsuris, quas iam tunc deberi constat, deindè, si quid superest sorti accepto ferendum est*, vbi nomine vsurarum non venit vsura propriè sumpta, & prohibita, sed id, quod debetur pro iusto interesse.

Receptũ pro venditione pignoris prius est computandum pro interesse.

18 Quarta obligatio est, vt ipse debitor teneatur non solum ad debitum principale persoluendum tempore conuento, sed & ad omnes expensas necessarias, & vtiles factas per creditorem in re sibi oppignorata, & per consequens ad expensas etiam factas pro custodia *Glosa in l. si Sacerdos, ff. de pign. act., Baldus in l. si necessarias, ff. eod., Coaruuias primò variar. c. 8. num. 1., Molina disp. 535. vers. si creditor, Azorius tertia part. instit. mor. lib. 7. c. 28., Rebellus lib. 16. qu. vnica de pignor. num. 12., Negusantius memb. 1. partis sextæ num. 21., Mantica lib. 11. tit. 8. num. 26.* Expresè habetur *in d. l. si necessarias, ff. de pign. act.*, & rationi quidem congruit, nam æquum non est, vt qui dominus non est, teneatur de suo expensas facere ad conseruationem rei, quam præcisè retinet ob sui crediti securitatem; Neque obstat, ijs, quæ dicta sunt de expensis dumtaxat vtilibus textus *in d. l. si necessarias*, vbi videtur dumtaxat debitor obligari ad expensas necessarias, non vtiles; Non, inquam, obstat, quia illud verbum, *necessarias*, non debet intelligi strictè, prout im-

Tenetur etiã pro expensis vtilibus, & necessarijs factis in re pignorata.

Debet semper attendi melior status rei. importat præcisam necessitatem, sed prout importat etiam meliorationem, cum semper debeat attendi melior status rei, quam, quantum commodè fieri potest, debet curare creditor detentor rei *Molina disp. 535. §. si creditor per textum in l. si seruus iuncta glos. ibi, & l. creditor, C. de pign. act.*, *Siluester verb. pignus num. 13.* Ex quibus omnibus sequitur, quod pignus obligatum creditori remaneat non soluto pro debito principali, sed etiam pro huiusmodi expensis, adeò vt eodem debito persoluto possit rem sibi oppignoratam detinere, quousque de huiusmodi expensis satisfiat, quod etiam expresse habetur *in d. l. si necessarias, ff. de pign. act.* Ibi. *non tantum retentionem, sed etiam pignoratitiam actionem habeo*, quod idem deducitur *ex l. solutum, §. si in sortem, & in l. in summa, C. de pignor.*

19 Debet debitū solui integraliter. Quinta obligatio ex parte debitoris est, quam etiam supra innuimus, vt pignus à creditore non possit vendicare, nisi soluto toto debito, intelligendo pro ly *toto*, non solum debitum principale, vel pro toto, vel pro parte iuxtà textum *in l. si rem, §. omnis, ff. de pign.*, sed etiam interesse damni emergentis, & lucri cessantis ex mora iuxtà textum *in l. quandiù ff. de distract. pign., & l. solutum, §. in sortem, ff. eodem*; item expensas necessarias, & vtiles per ea, quæ supra diximus per textum *in d. l. si necessarias*. Intellige item, vt pro eisdem mox ènumeratis non solum possit detinere pignus ipsum quoad eius substantiam, sed etiam fructus eiusdem per textum *in l. Paulus, §. si mancipia, & l. quamuis, C. in quibus caus. tacit., & l. si conuenerit, §. si fundus, C. de part. anich., & l. contrahitur, ff. de pign.*, & item accessiones factas rei oppignoratæ per alluuiones, incrementa, & meliorationes *l. si conuenerit, §. si nuda, ff. de pign. act.*, vbi optimè dicit Bartolus, quod accedit pignori, pignus est, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem accessorium sequitur naturam sui principalis.

20 Recipiēdo creditor pignus non idoneum pro toto credito non supponitur cessisse iuri suo. Sexta obligatio debitoris est, vt si pignus contulerit deterioris valoris, ac fuerit debitum, & pignus ipsum ex mora culpabili eiusdem debitoris fuerit per creditorem venditum minori pretio, ac fuerit suum creditum, teneatur idem debitor conferre vsq; ad integram satisfactionem. Hoc totum expresse habetur *in l. creditor, ff. de reb. cred.*, vbi sic legitur. *Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat exactionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit*, quod idem repetitur *in l. hypothecas, C. de distract. pign.* Ibi. *Quod si quid deerit, non prohibemini cætera etiam bona iure conuentionis consequi*; non enim ex eo, quod creditor pignus non idoneum acceperit, præsumendum est, cessisse iuri suo in eo, quod in pignore deficit.

His omnibus obligationibus ex parte debitoris correspondent totidem respectiuè actiones ex parte creditoris ad implementum eorum, ad quæ ex superiùs dictis debitor obligatur, quas non expedit hic referre, cum ex eisdem obligationibus ex directo oriantur. Actiones correspōdentes obligationibus.

---

§. VII.

De obligationibus contrarijs, quæ consurgunt ex pignore ex parte creditoris.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Quænam sint propriæ obligationes directæ, & quænam contrariæ. 2.
Tenetur creditor fideliter, & diligenter custodire pignus. 3.
Tenetur de culpa leui, non tamen leuissima. 4.
Tenetur pignus restituere, quando per debitorem offertur solutio per actualem numerationem. 5.
Oblatio debet esse quoad totum. 6.
Non potest pignus distrahere ante legitimum tempus. 7.
Fructus pignoris sunt computandi in sortem. 8.
Tenetur restituere pignus, & accessiones. 9.

Disquisitio VII. Inito contractu pignoris inter Caium, & Antonium, ex quo ille erat creditor, iste debitor. Ex parte debitoris multæ oriuntur obligationes, quas supra enumerauimus, cui correspondent totidem actiones ex parte creditoris. Cum igitur contractus ex genere suo sit vltiò, citròque obligatorius, iam oritur difficultas, an, & quænam obligationes oriantur etiam ex parte creditoris. Pro clariori doctrina, & nominum cognitione aduerte, quod obligationes ex parte debitoris dicantur quodammodò directæ, & actiones, quæ ex parte creditoris in eisdem correspondent dicentur pignoratitiæ contrariæ; ex aduersō obligationes ex parte creditoris dicantur contrariæ, & actiones, quæ ex parte debitoris aduersus eundem creditorem eisdem correspondent, sint, & dicantur pignoratitiæ directæ. His sic explicatis. 1 Elucidatio casus propositi 2 Obligationes directæ, & contrariȩ

Respondeo, plures etiam ex pignore resultant obligationes contrariæ ex parte creditoris, quas nunc enuntio, & explico.

Prima est, vt pignus teneatur fideliter, &

3 Tenetur ad fidelē custodiā. & diligentèr custodire. Expresè colligitur *ex l. si cum venderetur, ff. de pign. act., l. eleganter. ff. eod.*, ex quibus sequitur, quod teneatur de culpa commissa in tali custodia prout importat dolum, culpam latam, & leuem, non tamen leuissimam, nec minus casum fortuitum *Azo. tit. de pign. act., Siluester verb. pignus num. 14., Molina disp. 535. §. quoad vltimum, Rebellus lib. 16. qu. vnic. num. 10., Azorius tertia parte instit. mor. lib. 7. cap. 12., Armilla, & Angelus verb. pignus*, & quidem, quod teneatur de dolo, & culpa lata habetur expresè *in d. l. cum venderetur, ff. de pign. act.*, siquidem in omni contractu venit dolus, & regularitèr etiam culpa lata, quæ in iure eidem æquiparatur; quod verò etiam teneatur de leui, colligitur ex ijs, quæ alibi dicta sunt, quod scilicet, quando contractus est in vtriusque contrahentis vtilitatem, detentor rei, quæ cadit sub contractu, teneatur etiam de leui; inter contractus autem, qui sunt in vtriusque contrahentis vtilitatem, numeratur etiam contractus pignoris *dict. l. si vt certo, §. nunc videndum*, nec incongrua sanè ratione, quandoquidem cedit in fauorem pignoratarij, in cuius securitatem pignus adijcitur, pignorantis item, qui eximitur ab onere vlterioris grauaminis quoad solutionem debiti, nec potest aliundè compelli, nisi illud non sit idoneum. Quod autem non teneatur de leuissima, colligitur ex eodem capite, quandoquidem custos rei in ijs, quæ sunt in vtriusque contrahentis vtilitatem non tenetur ad exactiorem diligentiam ea, quam quisque in rebus suis adhibere regularitèr solet, ex quo colligitur, quod multo minus teneatur de casu fortuito, qui ex genere suo præuideri nequit, adeoque non est imputandus culpæ, & damno custodientis. Aduerte hic tamen, quod, quantumuis teneatur diligentiam consuetam adhibere, si tamen aliquid impendat in rei custodia, non teneatur proprijs expensis impendere, sed expensis Domini, seu debitoris, àquo potest iustè exigere compensationem.

4 Et de culpa leui, non tamen leuissima.

Contractus pignoris est in vtriusque vtilitatē.

Nō tenetur de casu fortuito.

5 Restitutio faciēda est, quando offertur verè solutio.

Secunda obligatio est, vt teneatur idem pignus restituere, quotiescunque per debitorem eidem offeratur solutio debiti per actualem numerationem per textum *in l. non creditoris, C. de pign. act., & l. pignoris causa, & l. si rem, C. eod.*, & quidem iure merito hoc statuitur, quandoquidem aliud ius non habet creditor pignus detinendi, nisi vt sibi satisfiat de credito, quod habet aduersus debitorem, & sic, si ponatur, seu offeratur satisfactio, non est, cur non teneatur creditor pignus immediatè restituere; cessante etenim causa detentionis, non est, cur cessare non debeat detentio. Verum tamen est, quod si offeratur solummodò solutio debiti quoad partem, & non quoad totum, non teneatur creditor pignus restituere, nec quoad partem; quia ius pignoris per superiùs dicta est indiuiduum *l. fin. C. de luitione pign., & l. si rem alienam, §. omnis, ff. de pign. act., Greg. Lopez l. 21., & 22. tit. 13. part. 5., Molina disp. 530.*, & latè patet ex superiùs dictis, vndè, si creditor oblatam legitimam solutionem renuet recipere, debitor actione pignoratitia directa potest eum compellere ad restituendum pignus *l. nec creditoris, C. de pign. act. l. pignoris causa, & l. si rem, §. fin Cod. eodem*. Ratio est, quia oblatio solutionis legitimè facta æquiualet actuali solutioni, quantum est ex parte debitoris; de natura autem contractus est, vt restituto debito pignus immediatè restituatur. Quinimmò ad luendum pignus æquè debitor potest offerre satisfactionem Domino, seu creditori post moram ante distractionem pignoris, vel ante ipsam *l. quamuis, ff. de solut. l. cum dominium in fin. C. de pact. pignor., Coaruuias tertio var. c. 2. num. 28.*, & hoc ea ratione, quia etiam post moram creditor non fit dominus rei sibi oppignoratæ, sed tantum, vt procurator legalis ipsius debitoris ius acquirit rem illam alienandi ad effectum dumtaxat, vt sibi ex illa, seu illius pretio satisfiat de credito, ergo, si ipse debitor dominus rei velit satisfacere, & de facto offerat satisfactionem, non erit, cur creditor non debeat pignus reddere eidem offerenti. Aduerte tamen, quod ad hoc, vt creditor possit ratione oblationis compelli ad restituendum pignus ministerio Iudicis, requiratur primò, quod oblatio fiat integrè de toto pretio, seu debito per superiùs notata, secundò vt pecunia obsignetur, tertiò, quod actu deponatur.

6 Debet esse oblatio integra.

Oblatio legitima æquiparatur solutioni.

Potest offerre siue ante moram, siue post moram.

Tertia obligatio est, vt non possit pignus distrahere ante legitimum tempus per textum *in l. cum soluendæ, ff. de pignor., l. quia conuentione, ff. de pactis l. si autem, §. si annua bima, ff. de pign. act., & l. si residuum C. de distract. pign.* Ratio est, quia debitor nec debitum principale tenetur soluere ante talem terminum, ergo nec pignus redimere ante ipsum, sicque, nec creditor ante illum potest pignus distrahere, quandoquidem ius non vrget distrahendi, vbi tempus currit pro debitore, ne distrahatur.

7 Ante tempus pignus non est distrahendum.

Quarta obligatio est, vt fructus pignoris computet in sortem, &, si vendiderit computatis fructibus, quos percepit, reliquum pretij reddat debitori, *Ognate tract. 20. disp. 58. sect. 14., & 15. per totum*. Ratio primæ partis ea est, quia creditor quousque retinet pignus non est dominus eiusdem, adeoque fructus ipsius non facit suos; verum tamen est, quod illos potest detinere, quia non minus res ipsa cedit pignori, sed etiam fructus eiusdem. Ratio autem secundæ partis ea est, quia creditor non habet

8 Fructus pignoris sunt in sortem computandi.

habet ius in pignore, nisi, vt illo post moram sibi satisfiat integrè pro toto suo credito, ergo, si fuerit, vel ex fructibus, vel ex ipsa sorte pignoris satisfactus, non poterit, quod reliquum est, sibi detinere. Hoc expresse habetur *in l. quæsitum §. Pomponius ff. de distract. pign. l. pactum C. de pignor. act., & l. quamuis §. si creditor, & ibi Glosa, & Paulus C. eod.*

Creditor pignoris non facit fructus suos.

Vltima obligatio est, vt persoluto debito non solum pignus restituat, sed etiam omnes accessiones, & alia adiacentia, nam, quæ accedunt pignori, computantur pro pignore. De hac obligatione iam satis constat ex supra dictis, nam, quæ accedunt rei, accedunt Domino eiusdem rei.

---

§. VIII.

An, & quando actione indirecta dissoluatur pignus, & hypotheca.

SVMMARIVM.

1 Exponitur facti series.

DIsquisitio VIII. Contigit, vt Franciscus ex credito, quo gaudebat versus Caium, vel in determinatis bonis ipsius pignus, vel fortè etiam in omnibus consequeretur hypothecam. Contendebat postea Caius ex multis rationibus, quas pro se allegabat, hypothecam, seu pignus esse dissolutum, aduersus quem excipiebat Franciscus rationes per ipsum adductas non esse sufficientes ad dissolutionem. Quæritur iam, quænam rationes assistant debitori, vt pignus intelligatur sufficienter dissolutum.

2 Duplex modus, quo potest dissolui pignus, & hypotheca.

Multis modis contingere potest pignoris, & hypothecæ solutio, de quibus adest integer titulus, *tam in C. quam in ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur*, qui omnes modi reduci possunt ad duplex caput principale scilicet, vel ad dissolutionem directam, & per se, vel ad indirectam, & per accidens, quatenus in primo manente adhuc subiecto, seu debito principali per actionem aliquam terminatam immediatè, & directè ad ipsam hypothecam dissoluitur; in secundo verò actio terminatur ad subiectum, in quo fundatur ipsa hypotheca, quo propterea destructo, cum ruant omnia in ipso fundata, ruit per consequens & ipsa hypotheca. Disquisitio procedit de dissolutione hoc secundo modo, seu indirecta.

3 Ablato subiecto tollitur obligatio

Respondeo, indirecta actione dissoluitur hypotheca, quotiescunque per eandem, siue implicitè, siue explicitè tollitur actio ex parte creditoris, & obligatio personalis ex parte debitoris, seu tollitur subiectum, in quo radicatur actio, & obligatio hypothecaria realis, & enumerantur omnes modi, qui reducuntur ad hac indirectam. *Negusantius de pign. part. 6. num. 2., & 3., Vasquez opusc. de pign. cap. 6. n. 1., Mantica de tacit., & ambig. lib. 11. tit. 31. nu. 1., & seq., & n. 17.* Hæcque assertio expresse colligitur *ex l. item liberatur, ff. quib. mod. pig. sol. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. stihum. §. naturalis, & l. penult. ff. de solut.*, & rationi quidem congruæ huiusmodi iura innituntur, quandoquidem, sicuti in naturalibus destructo subiecto destruuntur per accidens omnia, quæ in ipso fundantur, ità & in moralibus, & in politicis destructa obligatione principali debent, & accessoria destrui, quæ radicantur in ipsa, sicque, & actiones reales, quæ fundantur in obligatione personali.

Ratio oritur, ex proportione ad res naturales.

4 Destructa personali cessat, & hypothecaria

Sic primò destruitur obligatio hypothecaria ad destructionem personalis, seu subiecti, quando per debitorem creditori persoluitur totum, & integrum debitum per dictum textum *in l. stychum §. naturalis ff. de solut., & per l. fænerator, & ibi Bartolus in summa ff. de naut. fænor., & l. cum principalis ff. de reg. iur.*, vel quando per debitorem integrum debitum creditori offertur cum illis conditionibus, de quibus supra, scilicet obsignando, deponendo &c. per textum *in d. l. item liberatur, §. vltim. incip. ff. de quib. mod. pig. sol., & l. vlt. ff. de luit. pign. l. mulier ff. qui pot. in pig. hab.* Hic oritur difficultas, an solummodò per solutionem integri debiti factam per debitorem pignus, seu hypotheca soluatur, an verò etiam per solutionem factam per aliam personam à debitore eodem penitus ignorante, cui respondendum, est dissolui etiam per solutionem factam per tertiam quandam personam ab ipso debitore eodem etiam ignorante per textum *in Instit. Quib. modis toll. obl., & l. si res obligatur, C. de pign.*, quinimmò eodem etiam inuito *l. soluendo, ff. de neg. gest.*, quia hoc cedit non solum in fauorem debitoris, sed etiam cre-

5 Etiam per solutionem factá per tertiam personá hypotheca dissoluitur.

creditoris, vt per se patet. Sed, an tunc illa tertia persona, quæ debitum principale soluit creditori, & pignus liberauit, acquirat ipsa ius pignoris in eadem re liberata, latiùs videbitur infra.

6 Nouatione etiam tollitur hypothecaria.

Secundò dissoluitur obligatio hypothecaria per destructionem personalis principalis; in qua fundatur, quando per nouationem tollitur prior principalis obligatio, & in alium transfunditur, nisi expressè fuerit dictum, quod in obligatione nouata adhuc permaneat ratio hypothecæ, & pignoris prius habita per textum *in l. nouatione ff. de nouat.*, *& l. solutum in princip. ff. de pignor. act.* Intellige tamen, si secunda obligatio in quam prima transit, sit valida, & vtilis, cæteroqui hypotheca fundata in priori non intelligeretur soluta per textum *in l. si ità stipulatus fuero la 3. in princip. ff. de verb. obligat. l. nouatione ff. de nouat.*, & ratio est, quia non subsistente obligatione posteriori, in quam prima transit, non intelligitur propriè facta nouatio, nec contrahentes intelliguntur consentire in illam secundam obligationem, nec à prima recedere. Intellige item, si propriè fuerit inducta nouatio, quæ certè non præsumitur propter solam additionem aliorum pignorum *Bartolus in l. Valerianus n. 5. in fin. ff. de prætor. stipul.*, *Paulus de Castro in l. si rem alienam §. omnis potentia n. 4. ff. de pign. act.*, *Mantica de tacit.*, *& ambig. lib. 11. tit. 31. n. 23.*, quia tunc intelliguntur solummodò posteriora prioribus accedere; Nec item per solam temporis prorogationem *l. legem & ibi Baldus num. 1.*, *C. de locato*, *Angelus in l. si vnus §. si cum reo, ff. de pact.*, *Alexander cons. 72. num. 2. lib. 6.*, quia per talem præcisam temporis prorogationem non intelligitur recessum à primæuis iuribus; nec valet dicere, quod, si facta fuerit prorogatio termini ad soluendum debitum, liberatur fideiussor, qui pro principali debitore accesserat, nisi & ipse conuenerit ad talem prorogationem per ea, quæ alibi fusè dicta sunt, ergo etiam, si facta fuerit prorogatio termini ad soluendum pignus, debet intelligi per illam resolutum, cum videatur eadem omninò ratio; non valet, inquam, quia fideiussor sine proprio consensu non potest ad quid amplius obligari, ac se obligauerit pro tempore, pro quo consensum præbuit; contrahentes autem ipsi principales in ordine ad se per solos ipsorum consensus præstitos ad prorogationem principalis contractus possunt se inuicem obligare, &, cum nihil dixerint de primæuis iuribus, intelliguntur per consensum ad principalis contractus dilationem tacitè confirmare eadem primæua iura, nec ab eisdem recedere, nec probabile est, creditorem per beneficium, quod præstitit debitori prorogando terminum ad solutionem, voluisse recedere à suis iuribus, suamque conditionem deteriorem facere.

Si tamen secunda obligatio, in quam transit, sit vtilis, & valida.

Nouatio non præsumitur per solā additionē aliorum pignorū.

Nec per solam temporis prorogationem.

Nō valet paritas de fideiussore, & quare.

7 Etiam dissoluitur, si ex fructibus pignoris fuerit satisfactus.

Tertiò dissoluitur, si creditor ex fructibus pignoris, quos percepit, tantum perceperit, quantum sufficiat ad plenam satisfactionem sui crediti; atque hic modus dissolutionis coincidit cum primo assignato, quandoquidem parum refert, quod debitor debitum soluerit, vel in toto, vel per partes successiuè, in quas partes certò computantur fructus, cum ex superiùs dictis hi ex necessitate, vt euitentur vsuræ, debeant in sortem computari.

8 Tollitur acceptilatione.

Quartò dissoluitur acceptilatione, seù remissione debiti per textum *§. per acceptilationem Instit. quibus modis l. etiam solutum ff. de pign. act.*, *Molina disp. 536. n. 1.* Quid autem sit, & quid operetur acceptilatio habetur *tom. 1. sub tit. Contractus I. de contract. vt sic prænot. 3. nu.* 10. Quod autem remissione debiti dissoluatur hypotheca, ex eo habetur, quod remissio ex liberalitate creditoris quoad effectum æquiualet solutioni, totalitèr etenim debitum remittit, & tollit, & per quas causas obligationes inducuntur, etiam dissoluuntur *l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur. §. hoc amplius Institut. quibus modis obligat. tol.*, remissio etenim importat expressum consensum creditoris, & sic, sicuti & eiusdem consensu hypotheca ponitur, ita & inducta tollitur.

Remissio æquiualet solutioni.

9 Soluitur etiā præscriptione

Quintò dissoluitur præscriptione, vt si tempore a iure præfinito debitor suum debitum præscripserit *l. cum notissimi in princip. ff. de præscript. 30. ann.*, per quodnam autem tempus debitum illud legitimè præscribatur videndus est *Negusantius memb. 2. sexta part. per tot.* Materiam hanc vniuersam in aliquot conclusionibus perstringo. Prima sit, quod, si possidens rem hypothecatam creditori non habeat titulum ab ipso debitore præscribat spacio decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, hoc expressè habetur *in l. 1.*, *& 2. C. si aduersus creditorem*, si verò habeat titulum ab ipso debitore, & fuerit in mala fide de iure canonico legitimè non præscribet, de iure verò ciuili præscribet spacio triginta annorum. Vide, quæ latè dicta sunt *tom. 1. sub tit. Contractus I. de contract. vt sic prænot. 2. n.* 12. Secunda sit, quod, si possidens sit ipse debitor de iure ciuili præscribat termino triginta, vel quadraginta annorum, non sic de iure canonico, in quo non currit præscriptio cum mala fide, hoc colligitur ex alibi dictis.

Possidens rē hypothecatam creditori præscribit spacio decē annorum.

Intellige si non habeat causam à debitore.

Si possidens sit ipso debitor præscribit spacio triginta annorum

Sextò dissoluitur confusione, vt si creditor titulo hæreditatis successisset debitori in eadem hæreditate *l. stychum §. aditio ff. de solut.*, *& l. debitori C. de pactis*, quod idem intellige, si debitor titulo hæreditatis succedat creditori. Ratio primæ partis

10 Confusione, & quomodo

ea

ea est, quia creditor per successionem, & aditam hæreditatem in rebus sui debitoris fit Dominus rerum eiusdem; nullus autem in rebus suis aduersus se ipsum potest hypothecam habere. Ratio tertiæ partis ex eo habetur, quod, ex eo, quod debitor in bonis creditoris succedat iure hæreditario, eximitur à debito, quo premebatur versus eundem creditorem, & sic ius eiusdem quodamodo acquirit, ergo eximitur etiam ab onere hypothecæ. Limita tamen in casu, quo creditor successerit debitori, esset tamen grauatus de restituenda alteri hæreditate per fideicommissum, quia, licet tunc hæreditas per aditionem esset confusa *l. debitor, C. de pactis* hypothecaria temen remaneret *l. debitor, ff. ad trebell. l. sextante §. latinus, & ibi glosa ff. de except. rei iud. Glosa, Bartolus, & Salicetus in l. 2. C. de luit. pign.*

Creditor per successionem fit Dominus bonorum debitoris.

11 Septimò dissoluitur tacita, & implicita remissione debiti, quod multis modis potest contingere; primò, si creditor tribuat scripturam, in qua continetur debitum, debitori accedentibus alijs adminiculis, quibus dignoscatur animus remittendi *l. creditori, C. de remiss. pign., Vasquez in opusc. de pign. cap. 6. nu. 9., Gregorius Lopez l. 40. tit. 13. part. 5.*, neque dicas, si creditor reddat pignus debitori, non censetur remittere debitum, ergo neque per restitutionem scripturæ, censetur remittere pignus, & debitum; contra enim impugnaberis, quia restitutio instrumenti, vel chyrographi non potest afferre aliam vtilitatem, quam liberationem, restitutio autem pignoris potest afferre alias vtilitates, vt verbi gr. debitor sibi consulat in rebus suis sine distractione eiusdem. Secundò si permittat præscriptionem eiusdem debiti, nec tempore opportuno eam impugnet. Tertiò, si annuat actibus debitoris, ex quibus dignoscat ex impotentia ipsum non fore soluendum.

Tacita remissione debiti.

Quomodo fiat huiusmodi tacita remissio.

---

§. IX.

De dissolutione directa pignoris, & hypothecæ.

SUMMARIUM.

Exponitur sensus controuersiæ. 1.
Actione directa dissoluitur hypotheca per expressum creditoris consensum retento iure ad debitum. 2.
Item per consensum tacitum, & implicitum. 3.
Enumerantur modi, quibus tali consensu implicito soluitur. 4.
Item dissoluitur nouatione. 5.
Item præscriptione quadraginta annorum. 6.
Item pacto de non petendo debitum, sed tunc soluitur indirecta actione. 7.
Sed tunc tantum tollitur per exceptionem, non ipso Iure. 8.
Item acceptilatione, & quomodo. 9.

DIsquisitio IX. Iuxtà terminos præcedentis disquisitionis Caius constituta hypotheca, vel tradito pignore in fauorem Francisci ob suum debitum contendebat actione directa ipsum pignus, eandemque hypothecam esse dissolutam, hocque ob varias rationes, quantumuis adhuc debitum principale in suo robore perseueret. Quæritur iam, quibus modis hypotheca, seu pignus directè soluatur ad effectum, vt dignoscatur, an iura per eundem Caium adducta eidem suffragentur. 1

Facti series in suis terminis.

Respondeo, actione directa multis modis hypothecam dissolui adhuc in suo robore permanente debito, seu personali obligatione in debitore. Singulos refero, & explico.

Primus est per consensum expressum creditoris, quatenus reseruato sibi iure ad consequendum suum creditum pignus ab obligatione liberat, sicque retinet personalem liberato debitore a reali; nec in hoc potest esse aliqua difficultas, sicuti enim consensu acquirit ius reale in tali re in ordine ad securitatem sui crediti, ità etiam consensu potest ius illud remittere. 2

Expresso creditoris consensu dissoluitur.

Secundus modus est per consensum tacitum, & implicitum, quod adhuc multis modis potest contingere; primò, quatenus creditor consentit, vt pignus sibi obligatum in alteram personam transferatur per alienationem *l. si debitor §. 1. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. toll., & l. Lucius ff. eod.* Secundò, quatenus consentit, vt debitor alteri obliget pignus sibi antecedentèr obligatum *Salicetus in l. fin. ff. de remiss. pign., Negusantius membr. 3. part. 6. num. 13. textus in l. Paulus in princip. ff. quibus mod. pign., vel hypoth. toll.* Tertiò, quando se subscribit scripturæ, in qua continetur alienatio pignoris, non tamen si præsens sit, & alienationi pignoris non contradicat, quia per hoc non videtur consentire, cum ex hoc nullum præiudicium posset sibi obuenire per textum *in l. sicut §. non videtur ff. quibus mod. pign. sol.* Aduerte hic tamen in multis casibus præsente, & tacente creditore, seu non contradicente in iure præsumi pro dissolutione pignoris, vt, si seruus à debitore obligatus in fauorem creditoris manumittatur, præsente, & non contradicente creditore, quia tunc in fauorem libertatis præsumitur tacitus consensus *l. 1., & ibi Baldus ff. de remiss. pign.* item si eodem præsente alienetur res pignorata in piam causam, quia pia causa æquiualet libertati *Bartolus in l. proximè in fin. de his, qui in* test.

3 Etiam consensu tacito, & implicito

4 Enumerantur modi, quibus talis consensu dissoluitur.

Quando subscribit scripturæ in qua continetur alienatio pignoris.

Quando alienetur eodem præsente

test. del.; item si à Fisco res oppignorata alienetur præsente, & tacente creditore, cum causa Fisci in multis ex dispositione iuris æquiparetur causæ piæ *Romanus in auth. similitèr nu 31. C. ad l. falcid., Tiraquel. de priuileg. pia causa priuil.* 4. Quartò, quando creditor pignus, quod accepit, reddit ipsi debitori, si ex circumstantijs appareat, quod reddat animo remittendi *Iason in l. 2. num. 13. ff. de pactis*, *Negusantius de pign. memb. 3. part. 6. num. 19., & seqq.* Quintò, si non solum consentiat alienationi, sed etiam si consenserit permutationi, vel donationi *l. si debitor §. si in vendendo ff. quibus mod. pig sol.* Sextò etiam, quando creditor non consensit alienationi pignoris, ratam tamen habuit alienationem *d. l. si debitor §. sed an si non consenserit ff. quibus mod.*, *Sign. cons. 41. n. 4.*

Quando pignus tradit debitori cui animo remittendi.

Quando ratã habet alienationẽ.

5 Tertius modus est, per nouationem, quatenus adhuc manente obligatione personali de consensu contrahentium vnum pignus pro alio supponitur, vt si expressè conuentum fuerit, quod obligatio prioris transfundantur in obligationem posterioris.

Soluitur nouatione.

6 Quartus per præscriptionem quadraginta annorum *l. notissimi in princip. C. de præscript. 30. ann.*, nam per tale tempus hypothecaria legitimè tollitur *Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 11. lib. 3. num. 29.*, & tale tempus etiam requiritur, quantumuis principalis, & personalis actio spacio præcisè triginta annorum fuerit submota. Neque his, quæ hic dicuntur, obstant ea, quæ supra dicta sunt, quod scilicet, quotiescunque tollitur principalis obligatio, tollatur etiam hypothecaria, quæ in ipsa fundatur; non obstant, inquam, quia ad summum ea militant, quando principalis, & personalis actio tollitur solutione reali, secus, si præcisè per præscriptionem per ea, quæ notant *Glosa in dict. l. 1. de luit. pign.*, *Ruinus cons. 17. num. 7. lib. 1.*, & hoc ex speciali natura eiusdem præscriptionis, quæ, cum quodammodo fit iniuriosa vero, & reali Domino, seu creditori, debet semper strictè sumi, ità vt non currat, nisi per tempus à iure præfinitum.

Item præscriptione quadraginta annorum

7 Quintus, per pactum de non petendo debitum, sed hoc non est dissolui pignus directè, sed tantum indirectè, vt supra *Vasquez in opusc. de pignor. c. 6. nu. 7.*, *Negusantius de pignoribus memb. 3. partis sextæ num. 36.* per textum *in l. solutur §. 1. ff. quibus mod. pign., vel hypoth. sol.*

8 Aduerte hic tamen, quod, sicuti in hac hypothesi debitum ipso iure non tollitur, sed ope exceptionis dirimitur, ità nec directè ipso iure soluatur ipsum pignus, sed solummodò per exceptionem, prout notant *Negusantius de pign. membr. 3. partis sexta num. 36.*, *Ognate tract. 20. disp. 61 sect. 3. n. 40.*

Tollitur non ipso iure, sed exceptione.

Sextus est, per acceptilationem, quatenus scilicet per creditorem remittatur ius pignoris in fauorem debitoris adhuc manente iure ad obligationem personalem, nempè ad ipsum debitum, in quo nulla est difficultas, sicuti enim per consensum expressum vnum sine altero potest remitti, non video, cur etiam per implicitum, seu per acceptilationem non possit cedi. Hic solum remanet dubitandum, an per acceptilationem, seu per consensum implicitum præcisè intelligatur ipso iure facta remissio pignoris, an verò requiratur restitutio actualis pignoris facta per creditorem ipsi debitori. Procedit dubium solummodò in suppositione, quod pignus per debitorem fuerit creditori collatum, nam, si adhuc remaneat penes ipsum debitorem, certum est, per ipsum consensum implicitum immediatè remitti. Existimo, probabilius remitti per illum solum consensum implicitum, etiam sine traditione, non præcisè propter eam rationem, qua dicitur, quod pignus solo consensu contrahatur, adeoque, quod etiam solo consensu distrahatur, vt asserit *Ognate loco cit.*, qui plures alios allegat, & commendat; non, inquam, propter hanc præcisè rationem, quia ex superius dictis in multorum sententia sine traditione contractus pignoris non perficitur ad differentiam hypothecæ, sed quia dissolutio pignoris non est propriè, & in rigore contractus, cum sit præcisè ad dissoluendam obligationem, non ad contrahendam, nec requiratur vtriusque contrahentis consensus, sed sufficiat consensus solius creditoris, ex quo sequitur, quod plura requirantur ad contrahendum pignus, ac requirantur ad dissoluendum. 9

Remittitur per solũ consensum implicitũ, etiã sine traditione.

Dissolutio pignoris nõ est propriè, & in rigore cõtractus.

---

§. X.

An, si tertia persona soluerit debitum pro debitore, pro quo constitutum est pignus, acquirat ius in pignore contra debitorem.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ in particularibus terminis. 1.
Ratio dubitandi circa quæsitum. 2.
Soluens pro debitore, si non fuerit ad id delegatus, non acquirit, nisi actionem personalem versus eundem, non autem realem in pignore. 3.
Creditor non potest alteri oppignorare pignus sibi collatum inscio debitore. 4.

Disquisitio X. Contraxerat Antonius debitum cum Andræa, cui in securitatem 1

tatem pignus assignauerat. Inscio eodem Antonio Octauius persoluit Andreæ integrum debitum, ex quo per prædicta in mox posita Disq. octaua dissoluitur pignus, & hypotheca. Quæritur modo, an idem Octauius, qui soluit debitum pro eodem Antonio, acquirat idem ius pignoris aduersus eundem Antonium, quo antecedenter gaudebat Andræas creditor aduersus ipsum?

Status controuersiæ in suis terminis.

Ratio dubitandi ex eo consurgit, quod ex vna parte pignus, & hypotheca fuit constitutum, seu constituta per Antonium in fauorem dumtaxat Andreę, non videtur autem posse in alium transire sine ipsius consensu, pręcipuè cum non intercesserit aliqua delegatio; ex alia parte, cum debitum soluerit pro debitore creditori, videtur in ius creditoris successisse, adeoque omnia iura eiusdem acquisiuisse. Quid igitur concludendum?

2 Nō intercessit aliqua delegatio.

Respondeo, probabilius esse Octauium soluentem pro Antonio non acquirere, nisi actionem personalem aduersus eundem, non autem realem in pignore, si soluerit ignorante, seu inuitò debitore, secus, si soluerit de mandato eiusdem. Ità sentire videtur *Negusantius de pign. memb. 2. septimæ partis num. 11.* licet non ita clarè, dum asserit, quod *soluens pro debitore redimat pignus, acquiratque actionem hypothecariam, si mandato debitoris soluat*, ex quo infertur, ergo, si sine mandato soluerit, seu ignorante, & inuito creditore, non acquiret actionem huiusmodi hypothecariam; hocque probat per textum *in l. solutum §. fin. cum l. seq.*, & ibi notat *Bartolus, & Paulus de Castro, ff. de pign. act.*

3 Non acquirit, nisi actionem personalem.

Ratio, quæ ex Negusantio deducitur.

Ratio primę partis ex eo deducitur, quod ius pignoris non inducitur, nisi vel per contrahentium consensum, vel per iuris dispositionem, sed in hac hypothesi, nec ius disponit, quod pignus vni obligatum transferatur in alium ex eo, quod soluerit debitum pro debitore, cuius erat pignus, nec ipse debitor ad hoc consensit, ergo &c. Minor quoad primam partem ex eo euincitur, quod nullum ius disponit, quod ex eo pręcise, quod vnus pro alio soluat, acquirat ius pignoris, seu hypothecę in bonis ipsius, nec hoc ius pignoris, seu hypothecę inducit prior obligatio, quam in re illa induxit debitor illam tribuendo in pignus priori creditori, quandoquidem obligatio inducta in fauorem vnius non est extendenda in fauorem alterius, nisi de hoc fuerit expresè actum inter ipsos contrahentes. Quoad secundam etiam partem eadem minor euincitur, quia ex quo debitor supponitur ignorans, seu inuitus non potest esse consentiens, saltem ea libertate, quæ requiritur ad validè se obligandum.

Nō inducitur ius pignoris, nec ex iure, nec ex facto.

Non est libertas sufficiens ad obligandum debitorē.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur; quod, qui soluit de mandato alterius debitoris scilicet, videtur ex consensu eiusdem debitoris acquirere ea omnia iura, quibus gaudebat creditor, quod præcipuè verificatur, si debitor sinat pignus deuenire in manus eius, qui pro ipso soluit; atque iuxta hunc sensum existimo præcisè locutos *Negusantium, Bartolum, & Paulum de Castro locis cit.*

Confirmari potest prima pars ex eo; quod creditor, qui pignus recepit à suo debitore, non potest illud alteri oppignorare, nisi facultatem habuerit à debitore oppignorante, ergo eodem debitore ignorante, seu fortè etiam inuito non poterit actionem, quam habet in re oppignorata ante solutionem debiti transfundere per solutionem eiusdem in tertiam personam pro debitore soluente, nisi ipse debitor consenserit. Confirmari etiam potest ex eo, quod, si vltra pignus in fauorem creditoris adiectus fuerit fideiussor, atque hic soluerit pro debitore creditori, & ab eo pignus receperit, non possit debitor aduersus fideiussorem agere pignoratitia actione directa, sed tantum actione mandati per textum *in l. 2. ff. de pign.*, vbi Glosa textum explicans rationem affert, quia scilicet pignoratitia actio solum oritur ex contractu, & inter fideiussorem, & debitorem non intercessit contractus pignoris, sed mandati solummodò, ergo, quia soluens debitum pro debitore creditori debenti pignus nō acquirit ius pignoris in re oppignorata, cæteroqui non esset, cur aduersus eundem non possit per debitorem agi pignoratitia directa. Hinc dicit *Negusantius dict. membr. 2. part. septima num. 6.* hoc, quod dicitur de fideiussore, in fortioribus terminis procedere quoad alium tertium possessorem, quod scilicet contra eum non competat debitori actio pignoratitia directa, quod præcipuè probat per textum *in l. cum venderet in princip. ff. de pignor. act.*, vbi dicitur, quod, si creditor vendiderit pignus, & conuenerit cum emptore, vt liceret debitori ipsi soluere pretium, & recuperare rem venditam, tunc pignoratitia competat solum debitori contra creditorem, vt ei cedat actionem ex vendito contra emptorem, sed quod ipse debitor non possit agere contra emptorem pignoratitia, sed tantum rei vendicatoria, seu in factum, quod signum est, quod tertius possessor non habet ius pignoris in tali re.

4 Creditor nō potest oppignorare pignus sibi delatum sine consensu debitoris.

Pignoratitia actio solum oritur ex cōtractu.

Ratio efficax sicut innititur Negusantius.

Dices, si creditor primus suo creditori tradiderit pignus debitoris pignori, potest debitor eidem secundo creditori soluere, vel compensare ad resoluendam obligationem pignoris per textum *in l. grege, §. cum pignori, & ibi Bartolus ff. de pign., & habetur in l. nomen C. quæ res pig. obl. pos.* ratio-

Redimēs pignus à creditore creditoris resoluit obligationem pignoris.

tionemque adducit *Negusantius de pign. d. membr. 2. part. septima num. 3.*, quia ille secundus creditor, cui primus dat pignus pignori, non censetur tertius possessor, sed quasi idem creditor *arg. l. si eum §. qui iniuriarum ff. si quis caus.*, sicque debitor soluendo potest agere pignoratitia contra eundem secundum creditorem, ergo etiam poterit agere pignoratitia directa contra emptorem, quia non minus videtur subrogare emptor creditori venditori, & secundus creditor primo. Sed contra, respondet *Negusantius loc. quo supra num. 6.* negando consequentiam, ibique assignat disparitatem, quia scilicet per solutionem factam creditori debitum extinguitur, per solutionem autem factam eidem creditori, non extinguitur ius emptoris, quia per talem solutionem non extinguitur ipsa emptio. Non extinguitur ius emptoris.

Atque hæc de contractibus pignoris, & hypothecæ dixisse sufficiat. Reliqua faciliora facilè erit, vel ex iam dictis deducere, vel apud auctores recolere præcipuè apud Negusantium, Ognate, Manticam, & alios locis sparsim citatis tàm in Prænotionibus, quàm in Disquisitionibus. Interim ad alios contractus properemus.



CON-

CONTRACTVS XII.

De Fideiuſsione, & Aſsecuratione.



QVo hominum commertia ſunt ſua in origine, & duratione labiliora ex varia rerum facilè labentium viciſſitudine, & inconſtanti voluntatum permanentia, eo fortiora, & crebriora ſubſidia validiori firmitate adinuexere iura, quibus in ſuo robore firmarentur, in ſua duratione quoad effectus ſubſiſterent. Hinc non ſolum reales actiones in ſoliditate pignoris, & hypothecæ conceſſerunt, quibus res aliæ pro alijs ſubſtituerentur, ſed etiam fideiuſſionum munimina, & robur aſſecurationum, quibus perſonæ aliæ pro perſonis primo, & principalitèr obligatis ſupponerentur. Quamobrem nos, qui naturam, & firmitates contractuum aſſumpſimus indagandas, non incongruo ordine, poſtquam egerimus de actionibus realibus in pignore, & hypotheca tanquam cæterorum contractuum munimine, in præſenti perſonales actiones in fideiuſſione, & aſſecuratione tanquam vberiori firmitate proponimus examinandas. Hæc certè firmum munimen ſunt, & æquale præſidium; vndè *gloſa ſummaria in rubr. Inſtit. de fideiuſ.* de fideiuſſione differens ſic loquitur. *Quandoquidem ei, qui promittit, non ſemper tutum eſt credere, cautiùs erit alium aſſumere, qui obligationem illam in ſe recipiat promiſſore quoque manente obligato*, quod alia quoque iura confirmant *in l. 1. §. ſed aut proprio, ff. de obligat., et act.* -Ibi- *Alios accipimus, qui eadem obligatione tenentur, dum curamus, vt quod in obligationibus deduximus, tutiùs nobis debeatur*. In ijs igitur in præſenti inſiſtimus, nec ſeiungimus in doctrina, quæ in natura, & effectibus ſeruant vnitatem.

Agunt expreſsè de fideiuſſione pręcipuè *iura ciuilia Inſtit. ff., & C. expreſsim ſub his tit. de fideiuſs.*, & canonica ſub eiſdem. Theologi *in 2. 2. D. Thoma*, Summiſtæ *in verbo Fideiuſ.*, in vniuerſum *Molina diſp. 539., & ſeqq., Ant. Gomez var. c. 13., Filliut. tract. 38. c. 8., Ognate tr. 18. diſp. 52., & ſeq.*

PRÆ-

PRÆNOTIO I.

Quid, qualis, & quotuplex sit fideiussio.

SVMMARIVM.

TRia, vt ex ipso titulo prænotionis patet, examinanda hic proponuntur, quidditas scilicet, qualitas, & multiplicitas contractus fideiussionis, quæ secernenda non duximus, quia conferunt ad se inuicem explicanda. Quoad primum erit primo sermo quoad quid nominis, postea quoad quid rei.

1 Fideiussio dicta est à fide, & à iussione, quasi, quod fideiubens det, seu obliget suam fidem alteri pro alio quodamodo iussus seruata verborum significatione ad normam eorum, quæ antiquitùs fieri consueuerant in stipulationibus fideiussionis, vt rectè obseruarunt *Molina disp. 539. vers. fideiussor dictus in princip.* iuxtà textum *in l. vbi autem §. qui à Titio ff. de verbo obligat.*, *Ognate tract. 18. disp. 52. sect. 1. num. 3., & 4.* Fiebat autem stipulatio hac forma. *Tua fide id esse iubes, hoc est suscipis*, fideiussor verò respondebat; *id esse iubeo*, & sic firmabatur stipulatio. Nunc autem, quantumuis idem nomen retineatur, non est necessaria, nec seruatur talis forma stipulationis, vt videbimus infrà. His iam sic retentis quoad nominis ethimologiam accedamus ad reiquidditatem; pro qua sit

Ethimologia nominis fideiussionis.

Non est necessaria forma stipulationis.

2 Assertio I. Benè exponitur quidditas fideiussionis per hoc, quod *sit contractus, quo quis alienam suscipit obligationem, seque obligat ad eam implendam, si debitor principalis non soluerit*. Consentiunt ferè omnes quoad substantiam, licet differant in modo explicandi *Siluester verbo fideiussio, Filliut. tract. 38. c. 8. num. 149., Lessius lib. 2. de iustit. c. 8., Bonacina disp. 3. qu. 9. punct. 1. nu. 1., Molina d. disp. 539. vers. fideiussor dictus, Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 1. num. 16.*

Definitio fideiussionis.

3 Probatur, & explicatur descriptio per discussionem particularum. Dicitur primo *contractus*, quæ particula inuoluit rationem generis, & per ipsam conuenit fideiussio cum cæteris omnibus contractibus; nec ambigendum est, fideiussionem esse contractum; quandoquidem est promissio, seu pactum obligatorium, quæ antiquitùs semper, & quandoque etiam de præsenti fit per stipulationem *Bartolus in l. stipulatus, ff. de fideiuss., Glosa in l. cum lex ff. eodem, Molina disp. 539. n. 1., Azotus in summa C. de fideiuss. nu. 11., Ognate tract. 18. disp. 52. sect. 2. n. 19. vers. sit conclusio.* Neque obesse potest primo, si asseratur, quod hic contractus, seu fideiussio non habeat aliquam specialem obligationem, sicut cæteri omnes contractus, per quam in sua specie constituatur, sed vagetur per omnes aliorum contractuum species iuxta textum *in §. omnibus institut. de fideiuss., & in l. 1. ff. eod.* Non inquam, obesse potest, quia licet fideiussio accedere possit ad firmandos quoscunque alios contractus, inducit tamen specialem aliquam obligationem, per quam à cæteris omnibus cōtractibus in sua specie secernitur; sic obligatio aliorum cōtractuum regularitèr absoluta est, & propria, obligatio verò fideiussionis conditionalis, & aliena, vndè specialis ratio istius, prout contradistinguitur à cæteris contractibus, consistit in speciali modo, quo accedit alienæ obligationi, & in subsidium, non per se primo, & principalitèr. Nec obesse potest secundo, si asseratur, quod, cum fideiussio sit conditionalis, si scilicet principalis non soluerit, non possit indu-

Est propriè fideiussio cōtractus.

Fideiussio licet vagetur per omnes cōtractus inducit specialē obligationem.

4 *Est obligatio cōditionalis & alienæ*

cere

cere obligationem, nisi quando impleta est conditio, adeoque neque possit esse contractus; Non, inquam, obesse potest, nam, licet fideiussio dicatur conditionalis, est tamen talis solummodò ex parte obiecti, non ex parte actus se obligantis, & creditoris recipientis obligationem, quandoquidem, licet fideiussor se obliget, si principalis debitor non satisfecerit, non tamen intelligitur velle, quod tunc tantum incipiat obligatio, quando ponetur conditio non solutionis ex parte principalis debitoris, sed tunc intelligitur contrahere obligationem, quando promittit, & semper remanet obligatus, quousque, vel per principalem debitorem, vel per se ipsum eadem ponatur. Non tandem obesse potest, si asseratur, quod de ratione contractus, qua talis est, sit, quod sit vltrò, citròque obligatorius; talis autem non videtur esse fideiussio, in qua non est mutua, & onerosa obligatio, cum fiat gratuitò, &, si quandoque fieret pro mercede, quod vtique licitum esse asserunt. *Rebellius lib. 16. qu. vnic. num. 3., Gaietanus secunda secundæ quæst. 78. art. 2. ad quartum, Sotus 6. de iustitia qu. 1. art. 2. ante responsionem ad sextum, Azorius lib. 11. institut. mor. cap. 22. dub. 5.*, tunc teste Ognate *d. tract. 17. disp. 52. sect. 2. num. 25. in fin.* transit in aliam speciem contractus, scilicet locationis; Non, inquam, obesse potest, quia, quantumuis gratuitò intercedat fideiussor, non tollitur tamen, quin mutuæ adinuicem oriantur obligationes inter fideiubentem, & principalem debitorem, vt euenit etiam in mutuo, quod ex parte mutuantis supponitur gratuitum, ex ipso tamen oriuntur ex vtraque parte obligationes, respectu scilicet mutuantis ad non repetendum mutuum infrà tempus, vel a consensu, vel a iure, vel à consuetudine præfinitum in ordine ad effectum, ad quem facta est mutuatio; & ex parte mutuatarij ad illud tempore debito restituendum secundum eandem æqualitatem, & valorem; sic in præsenti hypothesi etiam fideiussor obligatur versus debitorem ad reddendum ipsius debitum tutum, & versus creditorem ad eidem soluendum, quotiescunque &c., ipse verò debitor obligatur ad seruandum fideiussorem indemnem, creditor verò ad ipsum non vexandum, nisi in casu, quo &c.

Est conditionalis ex parte obiecti, non ex parte actus.

Côtrahitur obligatio, quãdo fit promissio

5 Dicitur, *quo quis alienam suscipit obligationem*, per quam particulam aliqualitèr constituitur in sua specie essentiali, & differentiali ab alijs omnibus contractibus, quandoquidem in alijs regularitèr oriuntur in contrahentibus obligationes directæ, & primordiales, in fideiussione verò, nonnisi obligatio aliena, indirecta, & subsidiaria, prout euincitur *§. in omnibus instit. de fideiuss. l. 3., & l. stipulatus, ff. eodem, & l. 3. non rectè, C. eodem*, vndè nullo existente contractu principali nulla etiam est fideiussio, & principali soluente accessoria fideiussionis obligatio perimitur; Neque obesse potest, si asseratur, quod fideiussor possit obligare, vt principalis, qua ratione etiam dicitur expromissor *Filliutius tract. 38. cap. 8. num. 150., Textus in l. quamuis, §. si conuenerit, ff. de fideiuss.* expromissor autem, vt principalis obligatur; ergo ex genere suo fideiussio non importat obligationem indirectam, & subsidiariam; Non, inquam, obesse potest, quia hoc, quod est fideiussorem se obligare, vt principalem solum importat, quod creditor possit aduersus ipsum agere non prius facta excussione principalis; cæterum non tollitur, quin ipse principalis teneatur, & debeat soluere ipsum, &, si ille soluerit, obligatio fideiussoris perimitur, & si fideiussor, qui principalitèr se obligauit, persoluerit, nihilominus ipse debitor soluere fideiussori tenetur, quod pro se ipso persoluit, sicque semper verum erit dicere, quod soluerit obligatione aliena, & subsidiaria.

Sine contractu principali nõ stat fideiussio.

6 Quomodo verificetur, obliget se principalitèr, & vt fideiussor.

Hinc, si per omnes alios contractus vageris, inuenies ex hac ratione essentiali, & specifica fideiussionis contradistingui ab omnibus aliorum contractuum speciebus, sic, si compares ad emptionem, & venditionem, comperies ipsos contrahentes principalitèr obligari ex facto proprio, sic si ad alios omnes contractus deuenies, ne, singulos sine necessitate enumerem, eamdem differentiam dignosces, per quam fideiussio ab eisdem secernitur.

7 Differentia essentialis a cæteris contractibus.

Dicitur, *sicque obligat ad eam adimplendam, si debitor principalis non soluerit*, per quam innuitur, quod fideiussor non teneatur, nisi in in subsidium principalis debitoris, & per hoc præcipuè dicitur, quod fideiussio sit accessoria, & conditionalis, & in defectum alterius subsidiaria; hæc tamen conditio non cadit suprà fideiussionem ipsam, & contractum, sed super eius obiectum per ea, quæ supra diximus, & per hanc particulam etiam contradistinguitur fideiussio à simplici donatione, quia fideiussor non se obligat cum animo nihil recipiendi à debitore, si pro ipso in subsidium persoluerit, tum quia non dat liberalitèr, & ingenuè, sed sub conditione, si debitor non soluerit, *Ognate d. tract. 18. de fideiuss. disp. 52. sect. 2. num. 58.* His quoad rei quidditatem examinatis fit quoad secundam tituli partem

Assertio II. Fideiussio non solum est contractus, sed etiam nominatus, stricti iuris, soloque consensu perficitur. Prima pars liquet ex dictis in præcedenti assertione. Secunda pars est *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 2. num. 26.*, quam asserit esse DD. communitèr. Tertia pars est eiusdem *loc. cit. num. 27.* Vltima pars est *Glo-*

8 Est contractus nominatus stricti iuris.

sa, *& DD in §. in omnibus instit. de fideius.* Non immoror in prima parte, quæ iam probata remanet, hancque probant *Glosa*, *& Bartolus in l. stipulatus, ff. de fideius.*, *& Glosa, & Paulus in l. cum lex, ff. eod.*, *Azor. in summa, C. de fideius. num. 11.*

Gaudet proprio nomine, & proprijs obligationibus. Secunda pars ex eo euincitur, quod fideiussio habet suum speciale nomen, & obligationes parit speciatim, vt distinctas à cæteris omnibus contractibus, hoc est nonnisi indirectas, & subsidiarias, quamuis per omnes alios contractus diuagetur, vt patet ex supradictis.

Tertia pars ex eo euincitur, quia, quantumuis fideiussio ex superiùs dictis sit contractus, magis tamen imitatur naturam donationis, quam contractus onerosi, vt per se patet, quandoquidem regularitèr fideiussor gratuitò se obligat in fauorem debitoris, sed in ijs, quæ magis sapiunt naturam donationis, quam oneris, strictè facienda est interpretatio, ne donans, qui dicitur sua perdere, magis grauetur, ac se expressè obligauerit per textum *in l. eum, qui ff. de donat.*, *& l. ad res donator, ff. de ædil. edit.* Quinimmò, nec in his potest Iudex arbitrari *l. quidquid adstringendæ, ff. de verb. oblig.* Accedit, quod ex primæua sua origine fideiussio perficiebatur stipulatione per textum *in l. vbi autem, §. quia Titio, ff. de verb. obligat.* stipulationes autem computantur inter contractus stricti iuris per ea, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus II. de contract. vt sic prænot. 3. num. 6. in fin.*

Imitatur naturam donationis.

Quarta pars expressè colligitur ex textu *§. in omnibus instit. de fideius.*, *& ex l. græce vers. præterea, ff. de fideius.*, *& l. fideiussor obligari, §. fideiussor, ff. eodem*, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur quandoquidem traditionem non requiri satis ex eo liquet, quod antiquitùs fideiussio stipulatione firmabatur, & perficiebatur, in stipulatione autem regularitèr traditio non interueniebat, sed dumtaxat promissio; item non esse necessariam scripturam ex eo constat, quod nullibi hoc præcipitur, & licet regularitèr hæc interueniat, sicuti in pluribus alijs contractibus, non tamen interuenit, quatenus necessaria sit quoad substantiam contractus, sed ad summum quoad faciliorem probationem.

Non requiritur traditio.

Ex eo autem, quod mox diximus antiquitùs firmari fideiussionem stipulatione, & etiam quandoq; crebrò in præsenti, non sequitur, quod requiratur certa verborum forma, quandoquidem, quantumuis tunc requireretur stipulatio, nunc necessaria non est, & per consequens hæc verborum forma non est necessaria, sed sufficit consensus quomodocunque exprimatur *l. fideiubere, ff. de fideius.*, *& l. si remunerandi, §. si pactus, ff. mandati, §. si quid instit. de fideius.*, quinimmò aliqui, inter quos *Molina disp.* *539. vers. illud est obseruandum*, docent ad contrahendam obligationem fideiussionis sufficere præsentiam, & reticentiam *Vusembec. lib. 12. tit. 12. part. 5.* Deindè aliqui dicunt, inter quos *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 2. n. 29.*, quod antiquitùs admittebatur in fideiussione stipulatio, non tanquam de substantia, sed tanquam de consuetudine ob facilem rei probationem.

Nec scripturæ, nisi ad summum ad probationem.

Nec certa verborũ forma.

Assertio III. Fideiussio multas patitur diuisiones, tum ratione materiæ, tum rationes finis, tum ratione modi, quas singulas profero, & explico. 9

Fideiussio iudicialis & extraiudicialis, quid sit.

Prima diuisio est in fideiussionem iudicialem, & extraiudicialem. Iudicialis est, quæ producitur sic disponente Iudice, vel exigente parte in iudicio, & in causa. Hæc in ordine ad duplicem finem duplex est, altera, quæ dicitur de in iuditio sisti, altera, quæ dicitur iudicatum solui. Prima est, qua quis se adstringit ad sistendum Reum, seu debitorem in iudicium, cum opus fuerit. Secunda est, qua quis non tantùm se obligat ad sistendum reum in iudicio, sed etiam ad soluendum id, quod iudicatum fuerit debere Reum soluere *l. græce, §. post litem, ff. de fideius.*, vndè, si reus condemnetur in aliquam pænam, vel solutionem ponendam, fideiussor non liberatur, sed tenetur in subsidium, adeovt statim tunc post definitiuam sententiam contra reum absque vlla alia citatione procedi possit ad faciendam executionem in bonis fideiussoris, facta tamen prius excussione in bonis principalis R[e]i *Iulius Clarus lib. 5. sentent. §. vlt. q. 46. num. 19.*, *Rebellius secunda part. de obligat. instit. lib. 16. qu. vnic. de fideius. num. 5.* Hic tamen aduerte, quod, si fideiussor sub aliqua pæna se obligauerit ad sistendum reum in iudicio, & reus in iudicio comparuerit debitis temporibus, tunc ad nihilum teneatur, etiam si principalis debitor per definitiuam sententiam condemnetur, prout habetur *in d. l. græcè, §. post litem, ff. de fideius.* Rursùs, si fideiussor se obligauerit ad sistendum reum in iudicium, ipsumque renuentem in carceres adduxerit ad Iudicis petitionem, liberetur ab onere fideiussionis, si fractis carceribus reus effugerit *Rebellus d. lib. 16. qu. vnica nu. 5. de fideiussione, Ognate dict. tract. 18. disp. 52. n. 75.* Ratio ea est, quia sistendo reum in iuditio ea adimpleuit, ad quæ se obligauit; non enim intelligitur se oblig asse ad eum custodiendum, sed præcise sistendum. Fideiussor de iudicato soluendo respicit onus, quod fideiussor assumit soluendo pro Reo in subsidium eiusdem, quidquid per Iudicem in definitiua sententia fuerit contrà Reum ipsum iudicatum per textum *in l. exceptionem*, *& l. fideiussores, §. pro Aurelio, ff. de fideius.* aduerte tamen, quod, si reus in pænam corporalem fuerit condemnatus, non propterea

10 Iudicialis alia de in iudicio sisti, alia de iudicato soluẽdo.

11 Condemnato reo fideiussor ipso iure obligatur

12

13 Per coniectionẽ rei in carcerẽ liberatur, etiã si fugerit postea.

14

Fideiussor de iudicando soluendo nõ tenetur ad pœnam corporalem.

reà teneatur, idem fideiussor eandem pænam, in qua ille fuit damnatus, subire corporaliter, sed tantùm pænam pecuniariam, ad quam se obligauit; ita delictis etenim, & maleficijs æquum non est, quod vnus pro alio pænam corporalem subeat per ea, quæ ipso lumine naturali innotescunt, & tradit *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 4. num. 74.*; quinimmò in hypothesi, qua fideiussor se obligauerit ad iudicatum soluendum, & reus in pæna corporali fuerit præcisè damnatus, ipse fideiussor ad nihilum teneretur; cum pænam corporalem non teneatur pro alio subire per vulgatissima iura. Quod, si supponas, in lite factas fuisse plures expensas, & compensandum esse aliquod interesse lucri cessantis, vel damni emergentis, tunc fideiussorem absoluerem ab onere persoluendi huiusmodi expensas, & compensandi huiusmodi interesse, nisi de hoc expressè conuenerit, quandò præstitit fideiussionem, vel nisi in eo expressè condemnatus sit reus, & in hoc etiam casu prius excutiendus est reus.

Nec tenetur ad expensas, nec ad interesse.

15 Extraiudicialis fideiussio illa est, quæ inducitur per priuatos contrahentium consensus non in iudicio, nec authoritatẽ Iudicis requirit. Hæc adhuc duplex est; altera dicitur simplex, altera indemnitatis. Prima est, quæ etiã appellatur, *rem saluam fore;* & hispano idiomate *de sacamiento*, quã fideiussor pro reo, seu principali debitore promisit creditori soluere id, quod esset debitor soluturus pro illa causa, pro qua promittit, prout habetur *in l. fideiussor pro debit. ff. de fideiusso., & l. amissa §. fideiussores, & l. si à reo §. si reus ff. eod.* Secunda est, quæ est quasi fideiussio fideiussionis, adeout fideiussor indemnitatis dicatur hispano idiomate *Abonador*, & præcipuè respicit indemnitatem fideiussoris, quatenus fideiussor indemnitatis protestatur, & promittit, quod, si fideiussor soluerit pro principali debitore, ipse soluet eidem fideiussori, quidquid pro illo soluerit *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 4. nu. 79.* Alio modo explicat fideiussionem indemnitatis *Rebellus de oblig. iust. lib. 16. q. vnic. n. 5. vers. præter fideiussores* asserens, eam esse, qua fideiussor nullis alijs fideiussoribus datis eodem modo se obligat creditori attestando debitorem principalem esse soluendo, & pro eo similem obligationem suscipit.

Alia simplex, alia indemnitatis.

Fideiussio indemnitatis est fideiussio fideiussoris.

Eiusq; explicatio fideiussionis indemnitatis.

16 Secunda diuisio est, qua alius accedit, vt principalis, alius vt minus principalis. Hæc diuisio est in ordine præcisè ad modum obligationis, nam per primum, dum quis se obligat ad modum principalis, se quodammodò constituit debitorem ex debito alieno; per secundam vero quis non nisi accessoriè, & subsidiariè obligatur. Iuxta primum modum potest fideiussor conueniri non factà excussione in bonis debitoris. Iuxtà secundum prius est conueniendus, & excutiendus debitor, antequam conueniatur ipse fideiussor iuxta regularem modum fideiussionis, in quo sensu posset quodammodò dici prima fideiussio irregularis; Neque arbitrandum est, quod ex eo, quod fideiussor obliget se principaliter, desinat esse propriè talis, cum fiat quodammodò reus principalis debendi; Non, inquam, arbitrandum est, nam, quantumuis excedat communissimos, & regulares terminos fideiussionis, non tamen aduersatur naturæ, & substantiæ eiusdem, quod ex eo euincitur, quod semper debitor principalis remanet obligatus, &, si fideiussor pro ipso soluerit, ipse semper tenetur rependere, quod ille pro se ipso soluit, sicque semper verificatur, quod ipsius obligatio accessoria sit, & subsidiaria saltem in ordine ad ipsum debitorem, licet in ordine ad creditorem, & Iudicem possit excuti non excusso principali debitore, sicque solummodò variatur modus solutionis, hæcq; habentur *in l. cum reus ff. de fideiuss., & l. fideiussor §. fin., & l. si plures §. præterea, & l. si contendat ff. eod.*

Alia qua cõsurgit obligatio principaliter, alia quã minus principaliter.

Ex eo, quod quis obligetur principaliter non desinit esse fideiussor.

Variatur solùmodo ordo solutionis.

Tertia diuisio est in fideiussionem plurium insolidum, & fideiussionem eorundẽ ad ratam, seu pro virili. Prima, de qua est sermo *in l. inter, & l. stipulatores ff. de fideiuss., & l. inter eos §. inter fideiussores, & l. non rectè C. eod.* consistit in eo, quod obliget omnes fideiussores ad totũ debitũ, adeout liberum sit creditori, quemlibet eorum obligare ad solutionem totius debiti. Secunda, de qua est sermo *in l. si testamento §. quod si duo ff. de fideiuss., & l. inter eos, & l. amissæ §. inter stipulatores ff. eadem, & l. generaliter C. eod.* consistit in eo, quod non obliget omnes pro toto, sed tantum ad ratam, seu pro parte conuenta, seu, vt alij loquuntur, pro virili denominatione desumpta à viris, qui ad talem fideiussionem concurrerunt, quatenus totum debitum debeat diuidi in tot æquales partes, quot sunt fideiussores, & vnusquisque suam contingentem portionem debeat persoluere. 17

Alia insolidum, alia pro virili.

Explicatur vtraque.

Quarta diuisio est in ordine ad diuersas obligationes, quibus accedit, vel etenim accedit obligationi simpliciter naturali, vel obligationi, ciuili, vel obligationi simul ciuili, & naturali; De qua diuisione sermo erit vberimus sparsim in subsequentibus prænotionibus, & disquisitionibus, nec vacat hic in eius explicatione immorari. 18

Alia accedens naturali obligationi alia ciuili.

Ex dictis in hac prænotione multa possunt inferri ad præsens institutum valdè accommoda, & primò incipiendo ab hoc vltimo, quod non possit esse fideiussio, nisi, præcesserit aliqua obligatio siue ciuilis, siue naturalis, siue, si non præcessit, saltem eandem obligationem respiciat, in qua 19

fideiussio fundetur. Dixi, *saltem eandem obligationem respiciat*, non enim necesse est, quod semper obligatio huiusmodi praecedat, sed potest etiam subsequi, & simul poni; quis enim ambigere potest, esse veram fideiussionem, si quis dicat alteri, vt credat suam pecuniam tertiae determinatae personae, & hic, & nunc ante talem traditionem ipse fideiubeat pro eadem persona, vel, si pro eodem tempore, quo quis alteri credat pecuniam, ipse fideiubeat pro tali persona, cui pecunia traditur? Ratio autem, quod non possit esse fideiussio sine aliqua principali obligatione, deducitur ex eo, quod fideiussio est accessoria, & subsidiaria, quae supponit principalem. Quod sufficiat, quod obligatio principalis sit, vel naturalis, vel ciuilis, habetur in terminis *in §. in omnib. instit. de fideiuss. l. fideiussor obligari §. 2. & l. stipulatus in fin. ff. eod.* Hic tamen aduerte, quod, si fideiussor adiectus fuerit obligato tantum naturaliter, & non ciuiliter, & pro eodem in subsidium soluerit, possit ab eo, pro quo soluit, exigere compensationem, sed qua actione id possit exigere, videbimus infra.

Non est necesse, quod obligatio naturalis praecedat, vel ciuilis, sed sufficit quod subsequatur.

Fideiussor soluēs pro obligato naturaliter habet actionē aduersus ipsum.

20 Secundò inferri potest, non esse validam fideiussionem, quandò obligatio principalis, cui accedit, ex quacunque causa est nulla. Ratio est, quia cessante obligatione principali cessat quoque accessoria *§. fideiussores Instit. de fideiuss.* Ex quo etiam sequitur, vt fideiussor non possit ad quid magis obligari, quam obligetur principalis *l. generaliter ff. de fideiuss.*

Cessante obligatione principali cessat, & fideiussoria.

21 Tertiò inferri potest, quod, si debitor fiat heres creditoris, tunc etiam cesset fideiussio, quae accessit pro ipso debitore *Ognate dict. tract. 18. disp. 52. sect. 3. nu. 40.* quia tunc, cum ipse debitor fiat dominus titulo haereditatis in bonis creditoris, desinit esse debitor eiusdē, & sic cessat obligatio principalis, propterea ad ipsius desitionem desinit & accessoria. Si verò fideiussor fiat haeres vniuersalis debitoris, tunc ipse constituitur debitor principalis, sicque desinere videtur obligatio accessoria; cum idem pro se ipso non possit esse fideiussor. *l. haeres ff. de fideiuss. Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 3. n. 40.*

Per successionē in bonis creditoris desinit esse debitor.

Idem dic si fideiussor fiat haeres debitoris, sed tunc obligatur vt reus.

22 Quartò inferri potest, fideiussionem accedere posse cuicunque obligationi, siue haec procedat ex contractu *l. 2. ff. de fideiuss. l. Graecè §. sed & si ff. eod. Antonius Gomez 2. variar. c. 13. num. 1. Filliutius tract. 38. c. 8. num. 153. Lessius lib. 2. c. 28. dub. 1. num. 2.*, siue oriatur ex delicto, seu quasi delicto ad eum effectum, vt, si reus criminis non se sistat in iudicio, vel poenae non paruerit, fideiussor loco illius soluat aliquam quantitatem de bonis suis, de quo latè supra diximus *l. si quis §. fin. ff. de fideiuss. l. si reo §. fin. d. l. Graecè §. sed etsi ff. eod. Antonius Gomez 2. var. c. 13. num. 1. Molina disp. 339. vers. pro quouis Lessius lib. 2. de iust. cap. 28. dub. 1. num. 2.* Nec solum pro quocunque contractu distributiuè, sed etiam pro omnibus contractibus copulatiuè; quos certa, & determinata persona contrahet. *l. si ita stipulatus ff. de fideiuss. Ognate d. tract. 18. de fideiuss. disp. 52. sect. 3. n. 53.*

Accedit siuè pro contractu siuè pro delicto.

PRAENOTIO II.

Quomodo fideiussio differat à simplici donatione, & quid à fideiussore transferatur in creditorem.

SVMMARIVM.

Fideiussio principaliter distinguitur à simplici donatione, per hoc, quod fideiussio non praestatur sine onere compensationis. 1.

Ius, quod confert fideiussor creditori est proprium nomen in subsidium cum periculo non repetendi solutum, si soluerit. 2.

Contractus fideiussionis est liberatiuus tàm respectu creditoris, quàm respectu debitoris, & quomodo. 3.

Plura innuimus in praecedenti praenotione de discrimine inter fideiussionem, & simplicem donationem. Nunc germana differentia breuiter examinanda est. Deindè, cum in omni contractu contrahens in se assumat aliquod onus, & ius transferat in alium contrahentem, examinabitur in praesenti, quodnam ius transferatur a fideiussore in creditorem.

Assertio I. Praecipuum discrimen fideiussionis a simplici donatione in eo consistit, quod in fideiussione id, quod praestatur per fideiussorem in fauorem debitoris, non praestatur gratuitò, & sine onere compensationis, sed cum iure ad eandem, in donatione verò id, quod confertur, confertur omninò gratuitò, & sine vllo onere; *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 3. num. 58.* 1

Fideiussio praestatur cum onere compensationis.

Expressè colligitur assertio *ex l. 1. ff. de donat.* vbi sic legitur in titulo *Donatio propria est, quae fit ex liberalitate, & irreuocabiliter, sed quae fit sub conditione, vel pure soluenda donatio impropria appellatur*, & in corpore textus sic legitur. *Dat aliquis, vt tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit, & non propriè donatio appellabitur*; nec incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem donatio nullum respicit onus donatarij, cum ex titulo merae liberalitatis procedat, fideiussio autem vel nihil confert, si non ponatur conditio non solutionis debiti, vel, si conferat eueniente tali conditione confert cum onere compensationis.

Donatio procedit ex titulo merè liberalitatis.

Assert-

I. Fideiussor transfert ius in proprium nomen.

Assertio II. Ius, quod confert fideiussor creditori, est proprium nomen in subsidium debitoris cum periculo non recipiendi illam summam, quam fortasse soluet pro eodem debitore, *Oguate d. tract. 18. de fideiuss. disp. 52. sect. 3. nu. 60.* Facile elucet probatio huius assertionis, quia ex hac in primis saluatur id, quod est commune cuicunque contractui, quod, scilicet aliquod ius pretio æstimabile ab vno in alium contrahentem transferatur, quod scilicet in præsenti hypothesi est illud nomen fideiussoris, quod scilicet, cum sit cum illo periculo, non solum est æstimabile respectu creditoris, qui illud ius acquirit, sed etiam respectu debitoris, intuitu cuius illud periculum assumitur ab eodem fideiussore. Deinde per hoc contradistinguitur etiam fideiussio à simplici donatione, quia, quantumuis concedamus, illud nomen cum periculo fideiussorem transferre gratis in eo sensu, quo dicitur nihil pro illo recipere à debitore, quia tamen transfertur cum iure semper repetendi in casu, quo fideiussor, qui nomen illud contulit, soluerit pro debitore, ideò egreditur à terminis donationis, ex quo ad summum eruitur, quod contractus fideiussionis sit contractus lucratiuus, & gratuitus eo modo, quo est mutuum, commodatum, mandatum, & similia; sicuti enim mutuum, quia gratis transfert dominium pecuniæ, vel rei cum onere tamen restitutionis in eadem specie, secundum quid dicitur donatio, & non absolutè, & melius contractus gratuitus, & lucratiuus, ita etiam, quia fideiussio gratis confert nomen fideiussoris in creditorem cum illo periculo conditionali, seruato tamen iure ad recuperationem à debitore principali, casu, quo pro ipso soluerit, erit dicenda donatio secundum quid, seu potius contractus gratuitus, quam simpliciter donatio.

Ius proprij nominis nō solum est pretio æstimabile respectu debitoris, sed etiam creditori

Est contractus eo modo, quo mutuum, & commodatum.

Si autem vrgeas, quomodo potest esse contractus lucratiuus, & gratuitus, si debitor casu, quo fideiussor pro ipso soluerit, tenetur eidem referre, quidquid luerit, quinimmò, etiam compensationem cuiuscunque lucri cessantis, seu damni emergentis? sicq; non est lucratiuus, quia nihil lucratur ex eo debitor, sed potius onerosus, cum ex vtraq; parte inducat onus, & obligationem, in fideiussore scilicet ad soluendum casu, quo &c., & in debitore ad reddendum &c. Si, inquam, hæc vrgeas, facile erit respondere, quod hoc respectu; nec mutuum; nec hypotheca, nec depositum esset contractus lucratiuus, & gratuitus, quod tamen non est dicendum. Quamobrem directè ad instantiam dico, fideiussionem duplicem habere respectum, alterum ad creditorem, cui soluere promittit, seu promisit; alterum ad debitorem, pro quo accedit, & promittit; si fiat comparatio ad creditorem, certum est nullum interuenire onus respectu creditoris, etiam si a fideiussore receperit solutionem, adeoq; respectu ipsius contractus est præcisè gratuitus, cum obliget, & non obligetur, non onerosus; si fiat comparatio ad debitorem, etiam respectu eiusdem contractus est lucratiuus, & gratuitus; nam id, quod confert fideiussor accedendo pro ipso in contractu non est illa summa, quam debet creditori debitor, quamq; ipse fideiussor pro illo rependit, sed obligatio luendi pro illo cum periculo, si soluerit, ne sibi reddatur id, quod soluit, quæ certè obligatio gratuitò confertur ipsi debitori, nec pro illa habet aliquod onus retributionis; licet habeat onus restituendi id, quod pro se ipso solutum est.

3 Est contractus lucratiuus, tùm respectu creditoris, quam respectu debitoris.

PRÆNOTIO III.

An fideiussor possit in plus obligari, quam principalis debitor.

SVMMARIVM.

Varij sensus, secundum quos potest accipi titulus, exponuntur. 1.

Fideiussor quoad rem, & quantitatem non potest in plus obligari, ac obligetur principalis debitor. 2.

Non potest etiam obligari in plus quoad locum. 3.

Nec quoad extensionem, seu diminutionem temporis. 4.

Nec obligari potest simpliciter, si principalis reus obligatur tantum conditionaliter. 5.

Potest obligari in plus quoad vinculum, vel cum hypotheca, vel cum instrumento guarentigiæ. 6.

Fideussor accedens obligato tantum naturaliter obligatur & ciuiliter, & naturaliter. 7.

Si obligatus naturaliter per restitutionem in integrum se eximat ab obligatione, non eximitur fideiussor. 8.

MVltiplex potest esse sensus propositæ difficultatis. Primus quoad rem, hoc est quoad substratum obligationis, quatenus si debitor sit obligatus de quinque, fideiussor obligetur ad decem. Secundus quoad vinculum obligationis, quatenus arctius obligetur fideiussor, vel scilicet cum iuramento, vel cum hypotheca, vel cum Instrumento guarantigiato, quod paratam habeat executionem, cum quibus non intelligatur obstrictus principalis. Tertius quoad modum, quatenus existente principali obligato, I

Varij sensus difficultatis propositæ.

gato dumtaxat naturaliter, ipse fideiussor intelligatur obligatus ciuiliter, vel ciuiliter, & naturaliter simul. Secundum omnes hos sensus discutietur titulus, pro quo sit

2 Non potest fideiussor in plus obligari quoad quātitatem.

Assertio I. Fideiussor quoad rem, seu quantitatem non potest, qua talis, esse in plus obligari, quam obligetur principalis debitor, *Lessius lib. 2. de iust. c. 28. dub. 1. num. 4., Gomez. var. c. 13. num. 2., Molina disp. 451. in princip., Coaruuias c. quamuis pactum secunda part. §. 6. num. 3., Gutier. de iuram. confirm. 1. part. c. 20.*

Iura euincentia intētum.

Vim habet assertio *in §. fideiussores Inst. de fideiuss.* vbi sic legitur. *Fideiussores ità obligari non possunt, vt plus debeant, quàm debeat is, pro quo obligantur.* Rursus *in l. graece §. illud commune ff. de fideiuss.* vbi textus sic habet. *Illud commune est vniuersis, qui pro alijs obligantur, quod, si fuerint in deteriorem causam adhibiti, placuit etiam omninò non obligari.* Ratio horum omnium ea est, quia non potest subsistere obligatio fideiussoria sine obligatione principali per ea, quæ dicta sunt supra, ergò neque maior quoad quantitatem potest esse obligatio fideiussoris, quam fuerit obligatio principalis debitoris, pro quo accedit *arg. l. quæ de toto ff. de pact.*

Subsisteret fideiussoria obligatio sine principali.

3 Ex his deduci potest primò, quod, sicuti fideiussor non potest obligari in plus quoad rem, seu quoad quantitatem, ita nec possit obligari in plus quoad locum, quatenus, si principalis obligetur in loco tali determinato magis commodo, non possit inuitus obligari fideiussor ad soluendum in loco remotiori, & minus commodo. Expresse habetur *in d. l. graece §. illud commune ff. de fideiuss.* vbi, cum dicatur, quod non possit fideiussor obligari in deteriorem causam, vtique dicitur etiam, quod nequeat obligari ad soluendum in loco minus commodo, quod certè deterior causa est. Ratio deducitur ex præcedenter dictis, quia non minus pretio æstimabile est obligari ad soluendum in loco minus opportuno, & remotiori, quam obligari ad soluendum quid magis, quàm teneatur principalis, cum hoc teneatur in plurimum præstare cum expensis, alijsque pretio compensabilibus, sed ad quid magis non potest obligari quoad quantitatem, ergò, neque ad quid magis quoad locum. Antecedens probatur, quia, si quis ex mutuo obligaretur ad soluendum debitum præcedens in alio loco ab illo, in quo tenetur soluere cum expensis, alijsque pretio secundum se compensabilibus, vtique committeret vsuram per ea, quæ docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus III. de Mutuo, & Vsuris sparsim per totum*; ergò, quia obligari ad soluendum in loco minus opportuno, in quo non est obligatio soluendi per principalem, est pretio æstimabile.

Nec potest obligari ad soluendū in alio loco minùs commodo.

Obligari ad soluendum in loco minus commodo est pretio æstimabile.

Deduci potest secundò, quod etiam in plus obligari non possit fideiussor quoad extensionem temporis, vt, si v. g. principalis obligetur intrà annum, nequeat obligari fideiussor ad soluendum pro ipso intra bimestre *§. ex plus instit. de act., Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 9. num. 251.* Ratio ex eo deducitur, quia est maius onus obligari intrà minus tempus, ac intrà tempus magis extensum, & licet quoad substantiam idem soluatur, siue intra minus, siue intrà maius tempus soluatur, & restrictio, & extensio temporis non augeat, nec minuat id, quod soluitur, ratione cuius alibi diximus, quod soluere quid minus ex eo, quod antecedentèr ad tempus soluatur debitum, importet vsuram, & iniustitiam, & soluere quid magis ex eo, quod protrahatur tempus, ad soluendum, etiam sit vsuraria prauitas, cum diminuatur, vel augeatur ex sola temporis restrictione, vel protractione; nihilominus, quia hoc importat grauius onus non solum quoad vinculum, sed etiam quoad difficultatem soluendi, non potest legitimè imponi, quia quodamodo strictius obligat obligatione respiciente rem ipsam, non præcisè obligatione respiciente ipsum vinculum. 4

Nec ad soluendū intrà minus tempus.

Quamuis non importet maius pretium, importat tamen maius onus.

Deduci potest tertiò, quod nequeat fideiussor obligari inuitus simplicitèr, & absolutè, si principalis obligetur tantum conditionalitèr, seu sub conditione. Colligitur ex eodem textu *in d. §. si plus Instit. de act.* propter eandem rationem, quia scilicet obligaretur sub duriore conditione respiciente rem ipsam, seu debitum. 5

Obligaretur sub duriori conditione.

Dixi, *qua fideiussor est*; non enim negauerim, quod ex propria libertate, vel ex titulo gratuitæ liberalitatis, & donationis possit assumere maius onus, vel soluendi intrà minus tempus, vel in loco magis dissito, & incommodis obnoxio, vel etiam absolutè, si principalis obligetur tantum conditionalitèr; si etenim vtpote rerum suarum moderator, & arbiter potest ex arbitrio propriæ voluntatis se obligare ad id, quod non tenetur, adeò vt, quod ante factum erat voluntatis, ex post facto sit necessitatis, non video etiam, cur ex eodem arbitrio non possit obligari ad eas conditiones, de quibus modo loquimur, in ordine ad quas propterea potius se habet, vt magnificum donatorem, quam vt simplicem fideiussorem.

Potest tamē obligari in plus titulo gratuitæ liberalitatis.

Assertio II. Quantumuis fideiussor non possit obligari in plus, vel quoad quantitatem, vel quoad tempus, vel quoad locum, vel quoad modum potest tamen obligari fortius quoad vinculum, quatenus scilicet obligetur, vel cum iuramento, vel cum hyppotheca, vel cum Instrumento 6

Obligari potest quoad maius vinculū.

mento guarentigiæ, quod habeat paratam executionem, *Dinus in l. Marcellus, ff. de fideiuſſ., Antonius Gomez 2. variar. cap. 17. num. 2., Molina diſp. 541. in princip. & verſ. dictum eſt, Rebellus lib. 16. quaſt. vnic. nu. 16., Leſſius lib. 2. de iuſtit. cap. 28. dub. 1. num. 4., Ognate d. tract. 18. diſp. 52. ſect. 9. num. 252.*

Colligitur expresſè *ex l. quod enim, ff. de fideiuſs.*, vbi principalis obligatur tantum naturalitèr, fideiuſſor verò, & naturalitèr, & ciuilitèr; ex quo argumentum ſic deſumo. Itá ſe habet obligari naturalitèr, & ciuilitèr ad obligari tantum naturalitèr, ſicuti obligari cum iuramento, vel cum hypotheca, vel cum inſtrumento guarentigiato ad obligari tantùm ſimplicitèr, & ciuilitèr, ſed ex diſpoſitione præcitati textus *in d. l. quod enim*, poteſt obligationi naturali principalis adijci obligatio tum naturalis, tum ciuilis fideiuſſoris, ergo etiam obligationi ciuili principalis poterit adijci obligatio ciuilis cum iuramento, hypotheca, & inſtrumento fideiuſſoris; ſicuti enim in primo caſu reſpectu principalis eſt tantum obligatio ex iure naturæ ſine iuris ciuilis ſubſidio, & reſpectu fideiuſſoris eſt obligatio tum ex iure naturæ, tum ex vinculo legalis iuſtitiæ; ita in ſecundo reſpectu principalis eſt tantum obligatio iuſtitiæ ſine aliquo fulcimento fidelitatis ratione iuramenti, vel vberioris cautionis ratione hypothecæ, vel inſtrumenti guarentigiati, reſpectu verò fideiuſſoris non tantum eſt obligatio iuſtitiæ, ſed etiam fidelitatis, & firmioris cautionis, ſicque quantum addit iuri naturæ iuſtitia legalis in primo caſu, tantum addit fidelitas, & affecuratio in ſecundo caſu iuſtitiæ legali.

Poteſt adijci obligatio ciuilis cũ iuramẽto

Si autem hic inquiras, cur non poſſit fideiuſſor in plus obligari, quàm obligetur principalis, tam ratione quantitatis, quam ratione extenſionis temporis, & loci, & etiam obligationis abſolutæ reſpectu conditionalis, quæ tantum eſt in principali debitore, prout diximus in præcedenti aſſertione; poſſit autem obligari ſtrictius ratione iuramenti, hypothecæ, & inſtrumenti guarentigiati, prout dicimus in præſenti. Si, inquam, hoc inquiras, ſtatim reſpondebimus, hoc ex eo prouenire, quod in hypotheſi præcedentis aſſertionis fideiuſſor obligaretur in plus ex parte obiecti, ſeu vt loquitur, *Ognate dict. tract. 18. diſp. 52. ſect. 9. num. 252.* extenſiuè; in præſenti autem non obligatur in plus ex parte obiecti, ſeu extenſiuè, ſed dumtaxat ex parte vinculi, & intenſiuè. Si autem vlterius inſiſtas, cur poſſit adijci maius vinculum intenſiuè ratione firmioris obligationis, & non maius vinculum extenſiuè ratione obiecti, præcipuè, cum etiam illud maius vinculum intenſiuè ſit ſecundum ſe pretio æſtimabile, quod ex eo euincitur, quod pro huiuſmodi obligationibus ſecundum ſe ſumptis iuribus non obſtantibus exigatur pretium; ſi, inquam, ita inſiſtas, ſtatim reſponſum accipies, hoc prouenire ex ipſa natura fideiuſſionis, quæ ordinatur ad tutum reddendum, quantum fieri poteſt iuxta arbitrium, & intentum creditoris, ipſius creditum, non autem ad obligandum extenſiuè ſuprà id, ad quod obligatur debitor, & creditor ius habet, vt firmetur ipſius creditum, non autem vt extendatur, ſicque prima obligatio conformis eſt contractui fideiuſſionis, non ſic ſecunda.

Ratio, cur nõ poſſit obligari in plus quoad rẽ, poſſit tamen quoad vinculum.

Prouenit ex ipſa natura fideiuſſionis.

Dices, fideiuſſor poteſt obligari ad pœnam, ad quam non obligetur principalis *l. ſicut reus, ff. de fideiuſs., Gregorius Lopez lib. 7. tit. 12. lib. 5., Antonius Gomez 2. var. c. 17. num. 2.*, ſed hoc eſt obligari in plus extenſiuè, ſeu quodamodo ex parte obiecti, ergo &c. Sed contra fateor, quod poſſit obligari ad pœnam fideiuſſor, ad quam non obligetur principalis, ſed hoc non eſt ex contractu præcisè fideiuſſionis, ſed quodammodo ex delicto, vel quaſi delicto, quod committit non exequendo ea, ad quæ in contractu ſe obligauit, vndè quodammodo talis pœna eſt conditionalis, & conſequitur ad ipſam fideiuſſionem.

7 Aſſertio III. Exiſtente principali obligato dumtaxat naturalitèr fideiuſſor, qui pro eodem accedit cum omnibus iuris ſolemnitatibus, obligatur, & ciuilitèr, & naturalitèr, *Paulus Caſtrenſis in d. l. Marcellus, ff. de fideiuſs., Rebellus lib. 16 quaſt. vnic. n. 16., Molina diſp. 541. verſ. dictum eſt, Ognate dict. diſp. 52. ſect. 9. num. 252., Leſſius lib. 2. de iuſtit. cap. 28. dub. 1. de fideiuſs., & affecur. num. 6.* Obligationi dumtaxat naturali poſſe accedere fideiuſſionem dictum eſt ſuprà, & expresſè habetur *in §. in omnibus inſtit. de fideiuſs., & l. ſtipulatus 6. in fin. ff. de fideiuſs.*, vndè fideiuſſor, qui accedit pro pupillo, prodigo, furioſo, & ſeruo obligatis dumtaxat naturalitèr, efficacitèr obligatur *d. l. Marcellus, ff. de fideiuſ.*

Fideiuſſor obligatur & ciuilitèr, & naturalitèr.

Expresſè colligitur *ex dict. l. quod enim, ff. de fideiuſs.*, nec incongrua ſanè ratione hoc ſtatuitur, quandoquidem ille, qui accedit, vt fideiuſſor, eſt, & ſupponitur eſſe ſui iuris omninò, nec pro eo militat eadem ratio, quæ militat pro principali obligato, qui vel ex defectu poteſtatis, vel libertatis, vel iuris permittentis non poteſt ciuilitèr obligari. Hoc idem euincitur *ex l. Gracè, §. ſi quis ſtychum verſ. contra autem, & l. hæres à debitore, ff. de fideiuſs.*, vbi fideiuſſor duabus obligationibus tenetur, principalis nonniſi vnica, ergo fortiori iure, quantum eſt ex parte iuſtitiæ legalis, poteſt obligari fideiuſſor, ac obligetur principalis debitor.

Qui accedit, vt fideiuſſor ſupponitur eſſe ſui iuris.

8 Ex ijs, quæ dicta ſunt, facilè erit colligere, quod, ſi minor, qui obligatur naturalitèr, & adhibuit fideiuſſorem, aliquo

iuris

iuris remedio, aut restitutionis in integrum, vel alio modo se eximat ab obligatione, quatenus non cogantur ea adimpiere, ad quæ se obligauit, adhuc tamen teneatur ipse fideiussor stare conuentis, & adimplere contractum, quantum in ipso est, *Lessius lib. 2. cap. 28. dubit. 1. num. 7.*

Per restitutionem minori in integrum non eximitur fideiussor.

Hic tamen ex eodem vnum aduertendum est, quod, si pupillus, vel minor vendiderit rem immobilem sine tutoris, vel curatoris auctoritate, & sine Iudicis decreto, & ad hoc fideiussorem adhibuerit in defectum eiusdem minoris, non teneatur fideiussor, & hoc propter eam rationem, quia ex parte eiusdem pupilli, vel minoris nulla interuenit obligatio, siue ciuilis, siue naturalis iuxtà textum *in l. 2. C. de fideiuss. minor.*

PRÆNOTIO IV.

Qui possint validè fideiubere, & qui non.

SVMMARIVM.

Regularitèr illi omnes possunt fideiubere, qui gaudent verò dominio, ipsisque non est interdicta administratio. 1.

Excluduntur à fideiubendo pupilli, & minores. 2.

Particulares Religiosi non possunt validè fideiubere. 3.

De mandato Prælati, seù maioris partis Capituli potest Sindicus fideiubere supponendo mobilia, quæ seruando seruari non possunt. 4.

Serui proprè non possunt fideiubere. 5.

Nec milites. 6.

Nec furiosi, & amentes. 7.

Nec item mulieres, & ad quem effectum. 8.

Exponitur in ordine ad quos negear difficultas.

INcipimus iam causas fideiussionis examinare, & primò efficientem, scilicet personas illas, quæ possunt per fideiussionem alienas in se assumere obligationes, & pro illis subsidiariè, seu quasi conditionalitèr substitui, & licet titulus sit vniuersalis, & extendatur ad omnes, quia tamen specialior difficultas est in ordine ad mulieres, & minores, ideò non omissa regula generali ad eosdem exactiori cura examen dirigemus.

1 Qui possint fideiubere.

Assertio. Regularitèr illi omnes possunt fideiubere, qui gaudent verò dominio, ipsisque, vel ratione ætatis, vel ratione status, vel ratione immaturæ deliberationis, vel iuris dispositione non est interdicta administratio, *Siluester verb. Fideiussor num. 2., Lessius lib. 2. dub. 2. n. 11., Rebellus lib. 16. qu. vnic. num. 6., Gomez 2. var. c. 13. num. 16., Filliut. lib. 38. c. 8. n. 156., Reginald. lib. 25. num. 220., Azor. tertia part. lib. 11. num. 540., Molina disp. 540. in princip.*

Exprèssè colligitur *ex l. qui satis dare, ff. de fideiuss. lib. 2. ff. eod.*, nec incongruè hoc statuitur, sicuti enim, qui habet plenum dominium, & liberam administrationem bonorum suorum, vtpotè moderator, & arbiter potest de illis disponere in quoscunque vsus à iure non vetitos, etiam in ignem, vel in mare proijciendo, ità non est, cur illa non possit quomodocunque voluerit, obligare.

Dixi, *nisi ipsis ratione ætatis sit interdicta administratio.* Ratione huius conditionis excluduntur à fideiubendo regularitèr pupilli, & minores; ad cuius rei clariorem intelligentiam aduerte, nomine pupilli eum venire, qui annum quartum decimum non excedit; nomine verò minoris eum intelligi, qui vigesimum quintum annum non attingit. Rursus minor, vel adhuc est sub patria potestate, seù habet tutorem, seu curatorem, vel est sui iuris, seu emancipatus à patre, nullumque habens siue tutorem, siue curatorem. Tandem si sit minor excedens decimum quartum annum, vel fideiubet supponendo fideiussioni bona immobilia, vel bona mobilia dumtaxat; si sit pupillus, seu non excedat decimum quartum annum, cum nullam habeat administrationem bonorum, certum est, non posse pro alio fideiubere asserente Apostolo, *Puer quanto tempore paruulus est nihil differt à seruo, sed sub tutoribus, & actoribus est vsque ad definitum tempus à Patre*, quod adeò verum est, vt etiam si habeat bona castrensia, vel quasi castrensia non possit eadem per fideiussionem supponere obligationi, non quia non habeat plenum ius in eisdem, sed quia defectu plenæ, & maturæ deliberationis ex dispositione iuris maximè in ijs, quæ eidem non possunt esse, nisi onerosa, non potest contrahere; si verò excesserit decimum quartum annum, sed nondum attigerit vigesimum quintum annum, & fuerit sub potestate patris, vel habuerit tutorem, seu curatorem, tunc in ordine ad bona immobilia non potest fideiubere ad effectum eadem obligandi etiam interueniente auctoritate tutoris, vel curatoris, quia huiusmodi bona non potest alienare, nisi etiam interueniat Iudicis decretum, & fuerit in euidentem vtilitatem eiusdem minoris; fideiubere autem non benè coniungitur cum eiusdem euidenti vtilitate, cum importet potius rerum eiusdem periculum, & dissipationem *l. fin. § cum autem, C. si maior factus alienat. hab. l. fin. C. de curat. fur.*; si verò non sit sub patria potestate, vel non habuerit curatorem, seu tutorem, tunc poterit quidem fideiubere, seque obligare iuxtà

2 Quinam veniant nomine pupilli, & minoris.

Fideiussio ex genere suo non coniungitur cum euidenti fideiubentis vtilitate.

textum

textum *in l. 1. C. de filijs famil. minor. l. 3., §. sed virum, & l. ait prætor, §. non solum, ff. de minor., Molina disp. 54. verf. minor., Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 5. num. 102.,* quia in hoc casu plenam habet administrationem bonorum suorum, nec ab aliquo iure impeditur à sic contrahendo. Sed, an in hac hypothesi possit beneficio restitutionis in integrum elidere obligationem, affirmat *Lessius lib. 2. de iustit. c. 28. dub. 2. num. 18.* per textum *in dict. l. ait Prætor, §. non solum, ff. de minor.*, rationemque idem Lessius ibi adducit, quia semper præsumitur læsus; ex quibus etiam fas erit deducere, quod, si minor excesserit ætatem pupillarem, quantumuis non excesserit vigesimum quintum annum, & habeat bona castrensia, seu quasi castrensia, & etiam curatorem quoad bona paterna, vel patrem superstitem possit pro alio fideiubere, supponendo obligationi prædicta bona, quia in ordine ad ista est sui iuris omninò, nec à curatore, nec à patre dependet, &, cum supponatur pubes, non supponitur defectu ætatis incapax ad contrahendum. Si fuerit pubes, & habuerit tutorem, seu curatorem in ordine ad bona mobilia, cum consensu, & auctoritate eiusdem, probabilius est, posse fideiubere, quia in ordine ad huiusmodi bona cum consensu eorundem liberè disponit, cum non sit iuris dispositio in contrarium, sicuti est quoad bona immobilia. Exciperem tamen in casu, quo minor fideiuberet pro patre incarcerato, quia, vt benè notat *Lessius loco cit.* ad hoc filius tenetur, & si hoc non præstet, potest exhæredari, si sit masculus 18. annorum, *DD. ex auth., si captiui, C. de Episc., & Cler.*

Potest beneficio restitutionis in integrũ restitui.

Potest fideiubere pro patre incarcerato

3 Dixi, *nisi ratione status eisdem sit interdicta administratio*, per quas particulas primò prohibentur fideiubere particulares Religiosi, quia ex vi proprij status non sunt capaces dominij, nec sunt sui iuris per textum *in cap. penult. de fideiuss., & in can. te quidem 11. qu. 2.* Dixi, *particulares Religiosi*; non enim negauerim nomine communitatis posse Religiosum Sindicum, vel alium quemcunque de mandato Prælati, & maioris partis Capituli fideiubere supponendo obligationi bona mobilia dumtaxat, & mobilia, quæ seruando seruari non possunt, nam quoad immobilia, & mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt, requiruntur iuris solemnitates præscriptæ in extrauag. Pauli II. incip. Ambitiosæ alijsque Decretis Sacræ Congregationis iussu Vrbani VIII. editis quoad Regulares alienare volentes bona immobilia, & mobilia pretiosa suarum Ecclesiarum, seu Monasteriorum. Quod, si supponas, solum Prælatum fideiussisse sine consensu Capituli, tunc non tenet fideiussio, quia Prælatus non est dominus, sed administrator bonorum suæ Ecclesiæ, seu Monasterij, prout habetur *in d. c. penult. de fideiuss.*, nisi fideiubat in re parua, de qua per se potest disponere, *Siluester verb. fideiuss. num. 4., Lessius dict. lib. 2. c. 28. dub. 2. num. 20. in fin.* Secundò ratione status prohibentur fideiubere serui propriè accepti, quia non sunt sui iuris, & quidquid acquirunt, acquirunt Domino, cui propterea nequeunt præiudicium inferre obligando bona, quæ acquirunt, seu acquirere possunt, vt sunt vulgatissima iura, *Siluester verb. fideiussio num. 9., Rebellus lib. 16. qu. vnica, Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 5. num. 93., & alij communitèr.* Tertiò ratione eiusdem prohibentur milites, dum actu sunt in bello *arg. l. milites, C. locati, Gregorius Lopez, l. 2. tit. 12. part. 5., Molina disp. 450. verf. qui sequuntur, Siluester verb. fideiussor num. 4.*, hocque propter eam rationem, ne scilicet ob huiusmodi obligationes retrahantur ab exercitio ità Reipublicæ necessario. Quartò ratione eiusdem aliqui asserunt prohiberi Clericos à fideiubendo, sed hoc limitant alij, quando fideiussio esset in præiuditium Ecclesiæ, secus quando esset in damnum proprium eiusdem Clerici fideiubentis, ità tamen, vt ratione fideiussionis non remaneat Clericus in egestate *c. Odoardus de solut.*, neque obesse potest auctoritas D. Pauli. *Nemo militans Deo implicat se negotijs secularibus*; Non, inquam, obesse potest, quia Apostolus loquitur ex consilio, non ex præcepto, cæteroqui non possent de bonis suis in quocunque contractu, siue gratuito, siue oneroso contrahere.

4 Potest fideiubere Monasterium supponendo mobilia.

5 Serui propriè accepti non possunt fideiubere.

6

Clerici fideiubere possũt in proprium damnum

Dixi, *nisi ratione immaturæ deliberationis eisdem sit interdicta administratio*, & per has particulas interdicuntur furiosi, & amentes à fideiubendo, & etiam prodigi. Intellige tamen quoad furiosos, nisi fideiusserint pro tempore lucidi interualli, & pro tempore, quo nondum eisdem fuerit interdicta administratio, nec assignatus curator, quia tunc, nec defectus dominij, nec aliquod ius positiuum eisdem prohibet dispositionem rerum suarum. Vide, quæ alibi fusè diximus in alijs omnibus contractibus, quæque in fortioribus terminis militant in contractu fideiussionis, qui fideiubenti ex genere suo solùm est onerosus.

7 Nec furiosi, nec amentes, nec prodigi.

Dixi tandem, *nisi iuris dispositione eisdem sit interdicta administratio*, per quas particulas specialitèr excluduntur mulieres à fideiubendo per textum *in l. 1. ff. ad Velleian.*, quantum ad effectum, ne possint excipere priuilegio dict. Senatus Consult. Velleiani, seu quod idem est, quantumuis mulieres possint pro alio fideiubere, non tamen possunt ità obligari, vt nequeant elidere obligationem exceptione Velleiani. Multa hic congerunt DD. circa

8 Mulieres fideiubẽdo possũt se tueri Velleiano.

hanc exceptionem, sed quia de hac latè nos egimus *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs 2. Disqu. 5 §. 13. per totum*, ideò ad ea vos remitto, ne hic repetam, quæ iam dicta sunt.

PRÆNOTIO V.

An, si plures pro eadem causa intercedant fideiussores, singuli teneantur in solidum, an tantùm pro rata,

SVMMARIVM.

Quot modis plures fideiussores possint accedere. 1.

Si plures fideiussores se obligauerint tantùm pro parte, non potest pro toto fieri excussio in eorum bonis. 2.

Si plures fideiussores accesserint sine expressione, siue pro toto, siue pro parte, præsumendum est pro parte tantum. 3.

Si plures dixerint se obligare in totum debitum, nihil vlterius addentes, tenentur tantum pro virili. 4.

Si plures obligentur in solidum de iure antiquo singuli tenentur pro toto, etiam sine excussione aliorum, de iure nouo facienda prius est excussio in bonis, tam debitoris, quam aliorum confideiussorum, antequam teneantur soluere solidum. 5.

Priuilegium Epistola D. Adriani non competit fideiussoribus ipso iure. 6.

Exceptio huius Epistolæ debet opponi ante sententiam definitiuam. 7.

Quando non possit excipi. 8.

1 Modi, quibus fideiussores possũt accedere. ADuerte primò, fideiussores plures multiplicitèr posse accedere, primò pro parte tantùm, quatenus scilicet in se non suscipiunt obligationem quoad totum debitum, quo reus debendi afficitur, sed pro aliqua tantùm parte determinata. Secundò pro toto debito, quatenus scilicet vnusquisque totum debitum principalis debitoris in se suscipit obligatione, scilicet accessoria, & subsidiaria. Huius duplicis generis fideiussio habet respectum præcisè fideiussorum, qui obligantur, ad reos debendi, pro quibus obligantur. Tertiò pro virili per respectum ad alios confideiussores, quatenus scilicet omnes obligantur pro tota quantitate, sed diuidenda inter se æqualitèr, & viritim, ità vt nemo totum soluet, sed vnusquisque pro numero confideiussorum, si verbi gratia fuerint quatuor vnusquisque quartam partem soluat, si decem decimam. Quartò, in solidum, quatenus vnusquisq; obligatur totum soluere, ità vt non solum omnes obligentur pro tota quantitate debita, sed etiam singuli, & creditor habeat ius exigendi ab omnibus, vel pro virili, vel à singulis totum, eligendo, quem maluerit.

Possunt obligari pro virili & insolidum.

Aduerte secundò, non esse ad inuicem repugnans hoc, quod est dicere fideiubere, & esse reos debendi pro toto, & addere, quod tantum pro virili obligentur, quia pro toto omnes copulatiuè obligantur, pro parte autem diuisiuè; deindè pro virili obligantur absolutè, pro toto tantum subsidiariè, & conditionatè in hypothesi scilicet, qua alij confideiussores non fuerint soluendo; ex quo etiam patet discrimen, quod intercedit inter fideiubere pro toto, cum obligatione tantùm pro virili, & fideiubere dumtaxat pro parte; nam, qui expressè se obligant tantùm pro parte, in nullo casu debent totum soluere, aut in totum conueniri, qui verò se obligant simplicitèr, aut exprimendo, se obligari pro virili, in aliquo casu possunt pro toto conueniri, putà in casu, quo cæteri confideiussores conuenti, & excussi non fuerint soluendo.

His pro notitia suppositis id, quod in præsenti contrauertendum remanet, est primò, quid præsumendum sit, quandò plures accesserunt fideiussores pro eodem debito sine expressione, an accesserint pro toto, & in solidum, an verò pro parte tantum, an verò pro toto, sed cum obligatione pro virili. Secundò ex suppositione, quod se obligauerint in solidum, quomodò singuli sint excutiendi. Tertiò, quomodo Epistola D. Adriani subueniat fideiussoribus, & alia huiusmodi. Articuli examinandi circà titulum.

Assertio I. Accedentibus pluribus fideiussoribus, qui se obstrinxerint expresse pro parte tantùm, non potest fieri discussio pro toto in eorum bonis, sed tantum pro parte, pro qua se obstrinxerunt, & hoc, siue fiat excussio in aliorum confideiussorum bonis, siue non fiat, *Baldus in l. fin. col. penult. C. de re iudic.*, *Gregor. Lopez lib. 8. tit. 12. part. 5. glos. vltim.*, *Matienz. lib. 5. tit. 16. l. 1. glos. 4.*, *Ognate d. tract. 18. disp. 53. nu. 56.* Expresse colligitur *ex l. inter eos in princip. ff. de fideius.* Ratio autem ea est, quia contrahentes non possunt ad quid amplius obligari, ac per mutuos, siue expressos, siue tacitos consensus se obstrinxerint, quia contractus ex mente, & intentione contrahentium legem accipiunt *l. contractus, ff. de reg. iur.*, ergo cum expresse dixerint, se velle obligari pro parte tantum, pro eadem tantum parte poterunt conueniri, & excuti. 2 Fit excussio pro parte. Non possunt obligari vltrà conuenta

Assertio II. Si plures fideiussores accesserint sine expressione, an accesserint in solidum, & pro toto, an verò pro rata, & pro parte, præsumendum est, quod accesserint tantùm pro parte *Molina disp. 542. vers. quando duo*, *Ognate d. tract. 18. disp.* 3 Præsumitur pro parte tantum.

diſp. 53. ſect. 5. nu. 57., *Antonius Gomez 2. var. reſol. c. 12. num. 1.*, *& alij*. Ratio ex eo deducitur, quod in dubijs, & in odioſis id, quod mitiùs eſt, ſequendum eſt *c. in obſcuris de reg. iur. in 6. l. Nemenius ff. de legat. 3. l. ſemper in obſcuris ff. eod.*, & reo potius fauendum eſt, quam actori *c. 11. de reg. iur. in 6.*

Reo potius fauendum eſt in dubio.

4 Aſſertio III. Si plures acceſſerint fideiuſſores, qui ſolùm dixerint, ſe obligare in totum debitum, nihil vlteriùs addentes, tenentur tantùm pro virili, quod idem in fortioribus terminis intelligendum eſt, quando omnes ſe obligarunt pro toto, cum diſerta expreſſione, ſe pro virili tantùm velle obligari, ſicque non poſſunt excuti, niſi pro virili, *Antonius Gomez 2. var. c. 13.*, *Molina diſp. 542.*, *Ognate d. tract. 18. diſp. 53. ſect. 5. num. 61.* Expreſsè habetur *in l. reos §. cum tabellis ff. de duobus reis*. Ratio autem ea eſſe videtur, quia hoc, quod eſt plures obligari pro toto debito indifferens eſt ſecundum germanam verborum ſignificationem, vt coniungatur cum obligatione vniuſcuiuſque in ſolidum, vel pro toto, & diuiſim, vel vt coniungatur cum obligatione omnium copulatiuè, quatenùs omnes ſimul copulatiuè obligentur pro toto, non ſinguli pro eodem, vt rectè notauit *Ognate loc. cit. num. 61.*, ſed ex præallegatis iuribus, quandò verſamur in dubietate ſermonis, quo initus eſt contractus, interpretatio facienda eſt pro minimo, & in fauorem rei, vndè creditor debet ſibi imputare, quod non exegerit expreſſionem, quod teneantur ſinguli pro toto, ergo &c. Hæc procedunt, quandò plures ſe obligarunt pro toto nihil exprimentes, quod teneantur ſinguli in ſolidum, & pro toto diuiſim.

Tenentur tantù pro virili

Obligatio pro toto quomodo poſſit intelligi.

Nunc probanda remanet ſecunda pars, quod ſcilicet non poſſint conueniri pro toto, quando directè explicant, ſe pro virili tantùm velle obligari, quia ſcilicet in contractibus obligatio vltra conſenſum, & voluntatem non poteſt conſiſtere, hocque expreſsè ſtatuitur *in l. reos §. cum tabul. ff. de duobus reis deben.*, *& in l. obligationum*, *& l. quacumque gerimus*, *& in l. omnibus rebus ff. de oblig.*

Contractus vim ſumit ex conſenſu

5 Aſſertio IV. Quando plures fideiuſſores obligantur in ſolidum de iure antiquo *ff.*, *& C.* ſinguli tenentur ad totum nulla aliorum facta excuſſione, de iure verò nouiſſimo auth., & præcipuè Epiſtolæ D. Adriani, quantumuis ſe obligent in ſolidum, facienda prius eſt excuſſio in bonis, tam debitoris, quàm fideiuſſorum, antequam aliquis ex fideiuſſoribus ſoluere ſolidum teneatur. *Gregorius Lopez lib. 8. tit. 13. part. 5.*, *Anton. Gomez 2. var. reſol. cap. 12. nu. 2.*, *Gutier. part. 1. de iuram. confirm. c. 23. num. 9.*, *Molina diſp. 542. verſ. quando aliqui. Leſſius lib. 2. cap. 28.*, *Bonacina diſp. 3. qu. 9. punct. 1. num. 6.*, qui omnes loquuntur quoad primam partem, de iure antiquo. Quoad ſecundam verò de iure nouiſſimo auth., & Epiſtolæ D. Adriani, *Antonius Gomez 2. var. cap. 13. num. 15.*, *Gutier. de iuram. cap. 23. num. 9.*, *& 10.*, *Matienz. lib. 1. tit. 16. lib. 5. recep. gloſs. 2. num. 1.*, *Panormitanus cap. peruenit de fideiuſs.*, *Silueſter verb. fideiuſs. qu. 9.*, *Filliutius tract. 38. cap. 8. qu. vlt. num. 163.*, *Bonacina diſp. 3. qu. 9. punct. 1. num. 6.*, *Ognate d. tract. 18. diſp. 53. ſect. 5. num. 183.*

De iure antiquo ſinguli tenentur in totum ſine excuſſione non ſic de nouo.

Auctores pro ſecúda parte.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia, ex quo ſe obligant in ſolidum, videntur quodammodo ſe obligare voluntati, & intentioni creditoris ipſos exigentis, quæ certè debet præſumi, quod voluerit ſtrictiori modo eoſdem obligare, & conformitèr ad hoc extat textus *in l. 2. ff. de duobus reis*, *& in l. 13. §. vbi duo ff. eod.*, *& in l. reos principalis C. eodem*, *& in l. ſi ſancimus in princip. §. inuenimus §. idemque ff. eod.* in quibus omnibus textibus ſtatuitur, quod detur electio creditori conueniendi quoſcunque fideiuſſores voluerit.

Ratio ſecundæ partis præcisè deducitur ex aliquibus iuribus, & præcipuè, *ex auth. hoc ita C. de duob. reis*. Ibi in fin. *Sed etſi conuenerit, vt vterque eorum ſit obligatus ſi ambo præſentes ſint, & idonei ex æquo cogêdi ſunt ad ſolutionem*, vbi DD. & Gloſa intelligunt textum de fideiuſſoribus obligatis in ſolidum. Deindè hoc expreſsiùs euincitur ex Epiſtola D. Adriani, per quam dicitur, quod prius facienda eſt diſcuſſio in bonis debitoris, cæterorumque confideiuſſorum, quam vnus confideiuſſorum in ſolidum ſoluere teneatur.

Expoſitio Epiſtolæ D. Adriani.

De hac Epiſtola D. Adriani expreſsè non conſtat in iure; eadem tamen in pluribus iuribus refertur, & præcipuè *in §. ſi plures inſtit. de fideiuſs.*, *& in l. 1 ff. eodem*, *& in l. non rectè C. de fideiuſ.* Hoc priuilegium Epiſtolæ D. Adriani non competit fideiuſſoribus ipſo iure, ſed officio Iudicis, & ope exceptionis *Paulus §. ſi quis in fraudem Inſtit. de act. Hypol. in rub. de fideiuſs. Euerard. in loc. leg. loco ab ord. pag. 2. Anton. Gomez 2. var. c. 13. lim. 3.*, *Molina diſp. 543. verſ. quæſtio ergo*. Exceptio huiuſmodi debet opponi ante ſententiam definitiuam *Gomez qui ſupra num. 15.*, *Leſſius lib. 2. c. 28. dub. 3. num. 22.*, ſeciùs non poſſet opponi, niſi poſteà à prima ſententia appellauerit. Item nec poteſt opponi ſi iam ſpontè perſoluerit, vel fideiubendo huic priuilegio expreſsè renuntiauerit *Gomez*, *& Leſſius qui ſupra*. Item nec ſi facta excuſſione quoad reliquos confideiuſſores ipſi non ſint ſoluendo, quia tunc ipſe tenetur totũ debitum, pro quo in ſolidum fideiuſſit, perſoluere, ſecus fideiuſſio in ſolidum eſſet omninò fruſtranea *auth. hoc ita C. de duobus rei l. fin. ff. ſi cert. pet.*, *Antonius Gomez 2. var.*

6

Priuilegiũ Epiſtolæ D. Adriani non competi fideiuſſoribus ipſo iure.

7

Quando nõ poſſit excipi.

8

2. *var. c.* 13. *num.* 14. *lim.* 2., *Gutier.* 1. *part. cap.* 23., *Molina disp.* 543. *vers. quando multi*. Item nec si reliqui fideiussores ita sint absentes, vt facilè non sit eos in ius vocare, & pro suis virilibus portionibus non possint conueniri *d. auth. hoc ita C. de duob. re. Antonius Gomez loc. cit. nu.* 14., *Molina disp.* 543. *vers. quando multi*. Quanta verò debeat esse hæc distantia ad effectum, vt impediat beneficium Epistolæ Adriani arbitrio Iudicis remittendum est *arg. auth. præsente* §. *absente autem reo C. de fideiuss.* Item, nec si fideiussor, qui conuenitur, fuerit publicus campsor, & hoc propter publicam vtilitatem, & maximam fidem, quæ in eo vrgere debet *Baldus in l. fin. C. ad legi falcid. Salicetus in l. frustra C. de non numer. pecun.*, *Antonius Gomez* 2. *var. cap.* 13. *n.* 14. *limit.* 4. Item nec si conuentus neget, se esse fideiussorem, quia gaudere nequit priuilegio, qui negat id, quod est causa sui priuilegij *Matienz. lib.* 5. *tit.* 16. *l.* 1. *glos.* 2. *n.* 4. *Gomez loc. quo supra num.* 14. *lim.* 7. Alias plures limitationes, & exceptiones numerant *Gomez loc. cit.*, *& Ognate d. tract.* 18. *disp.* 53. *sect.* 7. *per totum*, quos tu consule.

PRÆNOTIO VI.

De iure fideiussoris in solidum, qui totum debitum persoluit, tùm ad repetendum à confideiussoribus, tùm à principali debitore.

SUMMARIUM.

Fideiussor soluens nomine debitoris eximit ab obligatione cæteros confideiussores. 1.

Fideiussor obligatus in solidum, qui conuentus integrè persoluit, etiam nulla facta cessione actionum potest agere aduersus debitorem actione mandati ad repetendum solutum. 2.

Fideiussor obligatus in solidum soluens integrè sine cessione actionis non agit aduersus alios confideiussores pro virili. 3.

Etiam de iure naturæ requiritur talis cessio ad agendum contrà alios confideiussores. 4.

Fideiussor soluens solidum potest compellere creditorem ad cedendas actiones siuè tempore, quo soluit, siuè immediatè post. 5.

Si creditor nolit cedere potest fideiussor exceptione cedendarũ elidere actionẽ eiusdem. 6.

Si creditor receperit à fideiussore solidum, ac nolit cedere, potest hic repetere solutum tanquam indebitum. 7.

Fideiussor facta sibi cessione potest agere tàm contrà debitorem, quàm contra alios fideiussores. 8.

Tenetur tamen prius excutere principalem debitorem. 9.

Excipe, nisi fideiussores essent obligati in solidũ æquè primò, & principalitèr cũ debitore. 10.

Non potest excutere alios confideiussores pro toto, sed tantum pro virili. 11.

Nisi se obligauerint æquè primò in solidum, & principalitèr. *Ibid.*

Non potest agere aduersus alios confideiussores pro toto, sed tantum dempta parte, quàm ipse soluere tenebatur. 12.

Si vnus ex fideiussoribus decidat, pars ipsius virilis diuidenda est inter cæteros confideiussores. 13.

Si plures fideiussores accesserint pro parte tantùm determinata, & vnus pro toto, & hic soluerit solidum, & vnus ex illis deciderit, non potest, qui soluit integrum, agere contra alios pro parte illius, qui decidit. 14.

Pars illius, qui decidit, diuidenda est cum eo, qui solidum soluit. 15.

Si fideiussor conuentus soluerit solidum sine expressione, quod soluerit, vel nomine proprio, vel debitoris, præsumendum est, quod soluerit nomine proprio, & vt fideiussor. 16.

Fideiussor, vel potest soluere nomine proprio, vel debitoris.

DVplicitèr fideiussor obligatus in solidum cum alijs pro principali debitore potest creditori totum debitum persoluere, vel scilicet nomine debitoris, vel nomine proprio tanquam fideiussor ad id obligatus; Adderem tertium modum, quo absolutè totum debitum persolueret non exprimendo, an nomine proprio, vel principalis debitoris persoluat. Si primo modo persoluerit, scilicet nomine debitoris, 1 tanquam procurator ipsius vtique eximuntur à quacunque obligatione cæteri confideiussores tùm in ordine ad ipsum creditorem, tùm in ordine ad ipsum fideiussorem, qui integrè soluit, *Molina disp.* 544. *vers. in primo euentu Ognate d. tract.* 18. *disp.* 53. *sect.* 9. *num.* 120., nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem perindè se habet, ac, si ipse debitor principalis persoluisset, & sicuti, si ipse debitor principalis persoluit, demitur quæcunque obligatio tàm actiua creditoris, quàm passiua aliorum confideiussorum, vt per se patet, ita &c.

Soluendo nomine debitoris eximit alios fideiussores.

Tota igitur difficultas circa hunc titulum examinanda consistit, quandò fideiussor obligatus in solidum soluit integrè, vel nomine proprio, vel sine expresione, quod soluat, vel nomine proprio, vel nomine principalis debitoris. Circa, quod erit primò dubitandum, an ex eo præcisè, quod totum debitum persoluerit, possit agere tam aduersus debitorem, quam aduersus alios confideiussores ad repetendum, quod soluit sine aliqua cessione iurium facta per creditorem, an verò solummodò supposita illa cessione. Secundò, an possit compellere creditorem ad talem cessionem sibi faciendam, & quandonam possit compellere. Tertiò ex suppositione talis cessionis, an possit reliquos confideiussores excutere

Referuntur rationes potissimum dubitandi, & articuli examinandi.

cutere pro toto debito per se persoluto, an verò tantum pro virili parte debiti. Quartò quid præsumendum sit, quandò fideiussor obligatus in solidum integrè persoluit non exprimendo, an soluerit nomine proprio, an principalis debitoris, & alia ex his deductiuè.

1 Assertio I. Fideiussor obligatus in solidum, qui conuentus integrum debitum creditori persoluit, etiam nulla facta cessione actionum per eundem creditorem potest agere aduersus principalem debitorem actione mandati, tùm ad repetendum id, quod pro ipso persoluit, tùm ad effectum, vt sibi per eundem resarciantur damna, si quæ indè fuerint subsequuta. *Molina disp. 344. vers. in secundo verò euentu in fin.*, *Gregorius Lopez l. 11. tit. 12. part. 5.*, *Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 9. nu. 121.* Expressè euincitur *§. si quid instit. de fideius.*, *& l. qui fide l. ex mandati ff. mandati*, quandoquidem fideiussor accessit mandato principalis debitoris.

Sine cessione agit aduersus debitorē ad repetendum solutum.

Ratio assertionis, & iurium in eo fundatur, quia, quantumuis fideiussor obligatus in solidum soluendo integrè debitum extinguat actionem creditoris, non tamen extinguit obligationem, quam habet debitor versus ipsum fideiussorem soluentem; fideiussor enim se obligando pro alio obligat se conditionalitèr versus creditorem, & etiam conditionalitèr sibi principalem debitorem, nec obligatio sui versus creditorem, si extinguatur, necessariò trahit extinctionem obligationis principalis debitoris erga se ipsum, vt per se patet, quinimmò, vt benè notat, *Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 9. nu. 121.*, per talem solutionem, quam facit fideiussor principali creditori, debitorem, quem solum conditionalitèr obligatum habebat, constituit absolutè sibi obligatum, ergo non est, cur actione mandati non possit repetere ab eodem debitore id, quod pro eodem soluit, & vlterius compensationem omnium damnorum, si quæ indè prouenerunt. Accedit, quod, quando minùs principales pro principalioribus soluunt habent actionem ad repetendum contra eosdem principales, vt videre est in ijs, qui furi per consilium cooperantur ad furtum, qui primò loco non tenentur ad restitutionem, cum non teneantur, nec ratione rei acceptæ cum supponatur eadem esse penes furem, nec ex eo, quod facti sint locupletiores, cum nihil de ea acceperint, nec ratione principalioris actionis furtiuæ, cum per consilium moralitèr tantùm cooperati fuerint, & tamen, si ipsi soluerint læso pro furto, adhuc retinent actionem aduersùs furem principalem, ergo &c. Accedit secundò, quod principalis debitor saltèm negatiuè ditesceret ex aliena iactura, si non teneretur rependere fideiussori id, quod pro se ipso soluit creditori, & laxarentur habenæ debitoribus non soluendi sua debita.

Fideiussor soluēdo integrè debitum extinguit ius creditoris, non onus debitoris.

Constituit debitorē sibi absolutè obligatū.

Soluentes pro fure retinent actionem aduersus furem.

Assertio II. Fideiussor obligatus in solidum, saltem quantum est de iure positiuo ciuili non potest agere contrà alios suos confideiussores ad repetendum pro virili solutum, nisi per creditorem sibi cessæ fuerint actiones aduersus eosdem *Molina d. disp. 544. vers. in secundo verò euentu*, *Gregorius Lopez l. 11. tit. 12. par. 5.* Expressè colligitur *ex l. vt fideiussor ff. de fideius.* vbi sic legitur, *vt fideiussor aduersus confideiussorem suum agat, actio danda non est*, quod intellige iuxtà *Glos. ibid. vers. non est*, vel à lege, vel à Iudice, *adeoq; si ex duobus fideiussoribus eiusdē quantitatis, cum alitèr electus à creditore totū exsoluerit, nec ei cessæ sint actiones, alter, nec à creditore, nec à confideiussore discutietur*: Idem ferè dicitur in textu *l. cum alter C. eod. tit.*, vbi sic legitur. *Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei aduersus eum, qui vna fideiussit, non competit. Potuisti sanè, cum Fisco solueres, desiderare, vt ius pignioris, quod Fiscus habuit in te transferretur, & si hoc ità factum est cessis actionibus vti poteris, quod, & in priuatis debitis obseruandum est.* Vbi nota primò, quod, quantumuis Fiscus fuerit creditor, non possit fideiussor soluens solidum agere contra alios confideiussores, nisi sibi actiones cedantur per Fiscum creditorem. Nota secundò, quod fideiussor soluens integrè, non solum possit petere, vt sibi per creditorem cedantur actiones personales, sed etiā reales hypothecariæ, & pignoratitiæ, si quas creditor habuerit, vt infra latius.

Non agit contra alios fideiussores sine cessione actionum.

Iura, quæ requirūt cessionem actionum ad agendum.

Soluens integrū potest exigere cessionē actionum realium, & personalium.

Ratio huius assertionis, & iurium, in quibus fundatur, ea meo videri est, quià fideiussores actione mandati obligantur quidem creditori in fauorem debitoris, non autem obligantur sibi adinuicem, sicque duplicem duntaxat habent respectum; alterum ad creditorem, in cuius fauorem accedunt, alterum ad principalem debitorem, seu reum debendi, cuius mandato, seu prò quo accedunt, ergo nullam adinuicem habent actionem, nisi eisdem fuerit cessa, cum actiones non prouenient, nisi ab obligationibus, tanquam à suo originario principio.

Fideiussores non obligātur adinuicē actione mandati.

Dixi, *saltem quantum est de iure positiuo ciuili*, quod dixerim propter nonnullos contendentes, quantum est de iure naturæ etiam sine cessione actionis, fideiussorem, qui soluit solidum, posse agere, non solùm contrà principalem debitorem ad repetendum in solidum solutum, sed etiam contra alios confideiussores ad repetendum à singulis pro virili. Huius limitationis meminit, *Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 10. nu. 139.*, quam etiam multis rationibus conatur euincere, & præcipuè ex eo, quod arbitratur soluentem pro debitore, & confide-

Sententia asserens de iure naturæ non requiri cessionē actionū.

fide-

fideiussoribus habere contrà illos actionem
3 contrariam mandati, & actio ad repetendum solutum pro debito alieno oritur ipso facto ex iure naturæ ad resarcienda damna, indè secuta, si soluerit, ex culpa tùm principalis debitoris, qui non soluit tempore conuento, tùm aliorum confideiussorum, qui ex propria negligentia non præuenerunt, vt debuerant, ne ille sustineret onus soluendi pro omnibus, &, sicuti hic sinè cessione iurium creditoris potest agere ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis, cum in ordine ad hoc creditor non possit cedere, cum nullum damnum patiatur, nec lucrum aliquod ipsi cesset, ità etiam sine tali cessione poterit agere ad sortem per se solutam. Addit aliam rationem ipse *Ognate loco cit. n.140.*, desumptam ab exemplo cooperantium in furto, qui etiam sine cessione, si soluerint pro principali, habent aduersùs eundem actionem, quia hoc prouenit non ex vi cessionis, sed ex vi naturalis obligationis.

Adducũtur rationes euincentes nõ requiri talem cessioné.

Nihilominus adhuc absolutè crederem,
4 nec ex iure naturæ cõtrà fideiussores alios posse agere, quia ipse non soluit pro alijs confideiussoribus, sicuti soluit pro principali debitore, nec ex mandato obligatur pro alijs, cum non inierit cum illis conuentionem aliquam, quod, si vnus pro debitore soluerit, teneantur alij omnes pro virili contribuere; nec imputandum est culpæ aliorum confideiussorum, quod ipse soluerit, quandoquidem ipsi non tenentur soluere, nisi vt conuenti à creditore, qui excusso principali debitore ius habet ad conueniendum quemcumque ex fideiussoribus obligatum in solidum, & si aliquis particularis fuerit conuentus debebit excipere ex priuilegio Epistolæ D. Adriani. Ad id, quod subditur de cooperantibus ad furtum, qui si soluerint, possũt sine cessione repetere solutum à fure, patet ex se disparitas, quia principalis fur tenetur ratione rei acceptæ, & iniustæ acceptionis, sicque semper viget titulus repetendi, qui vtique est ex delicto, reliqui verò confideiussores, nec tenentur ratione rei acceptæ, nec ratione iniustæ acceptionis cum non teneantur ex delicto, & ex contractu ad hoc non se obligarunt ad inuicem, sed dumtaxat versus creditorem.

Cõtraria sententia statuitur.

Non soluit pro alijs confideiussoribus.

Cæteri fideiussores non tenentur soluere, nisi conuenti.

Assertio III. Fideiussor conuentus ad
5 soluendum solidum potest compellere creditorem ad sibi cedendas actiones proprias, tùm aduersùs principalem debitorem, tùm aduersus alios confideiussores, & hoc siuè ante solutionem, siuè tempore, quo eadem ponitur, siuè immediatè post positionem eiusdem, siuè etiam postea ex interuallo, hocque officio Iudicis, vel si creditor nolit cedere, fideiussor, qui soluit, repetat solutum tanquam indebitum

Ex necessitate sũt cedendæ actiones per creditorem fideiussori soluẽti

Molina disp. 544., vers. sunt verò nonnulla & vers. tertium est, Azotus in summa de fideius. num. 8., Vnsemb. tit. de fideius. num. 6., Lessius lib. 2. cap. 28. dub. 2. num. 23., Azorius lib. 11. instit. mor. c. 22., Antonius Gomez 2. var. cap. 13. n. 15., Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 10. num. 138., Glosa vlt. in l. Papinianus iuxta textum ibi ff. mandati, & consentaneè *ad l. si quid possessor in princip. ff. de petit. hæredit.*, & expressius *in l. Stychum §. si mandato ff. de solut.*

Ratio autem in vniuersum ea esse potest quia, ex quo ipse fideiussor soluit ex obligatione accessoria, & loco principalis debitoris, videtur soluere eo tacito pacto, & conuentione, vt sibi à creditore actiones cedantur, & propterea ratione talis pacti videtur ius retinere, vt possit pro quocunque tempore talem cessionem petere; nec enim rationabilitèr creditor ad hoc potest esse inuitus, quandoquidem, ex quo solutionem recepit, nullum damnum per talem cessionem sibi inuritur; quinimmò iura non congruè, & proportione seruata consuluissent indemnitati contrahentium, si non compellerent creditorem ad cessionem talium actionum, quandoquidem, cum in fauorem creditoris disposuerint, quod possit agere contrà fideiussores, debuerunt etiam disponere in fauorem fideiussoris soluentis solidum pro alijs, vt haberet media necessaria, quibus ab alijs, pro quibus soluit, possit satisfieri; vndè emanauit textus *in l. Stychum §. si mandato ff. de solut., & in d. l. 1. quid possessor ff. de pet. hæred.*

Soluit semper cum tacita conuentione, vt iura creditoris sibi cedãtur.

Non cõgruè iure consuluissent indemnitati cõtrahentium.

Dices, hæc omnia verificari, quando petitur talis cessio à creditore, vel antè solutionem, vel eodem contextu solutionis, vel immediatè post, secùs autem post solutionem ex interuallo, vt expresè colligitur ex *l. Modestinus ff. de solut.*, vbi dicitur cedi non posse actiones a creditore post solutionem ex interuallo, quandò vel ante solutionem, vel pro tempore eiusdem solutionis non fuit deductum in pactum, quod cederentur; nec incongrua sanè ratione hoc statutum est, quandoquidem, ex quo petita, nec conuenta est talis cessio, videtur per talem solutionem expirasse quascunque actiones creditoris, quas propterea non potest posteà cedere. Sed contra, quia quantumuis, vel antè, vel tempore solutionis fideiussor soluens solidum non conuenerit expresè de tali cessione postea facienda, intelligitur tamen, ex quo soluit ex obligatione accessoria, pactum implicitum habuisse de tali cessione, quotiescunque aduersus alios confideiussores actionem intentare voluisset, & sicuti ratione pacti expressi potest petere talem cessionem, etiam post solutionem ex interuallo, quo tempore supponitur expirasse actio eiusdem credi-

Instantia probans ex interuallo non posse peti cessioné.

Ex quo soluit accessoriè habet pactum implicitum de tali cessione.

creditoris, ità ratione pacti impliciti videtur, posse eandem cessionem petere post eandem solutionem, cum taciti, & expliciti in hoc videatur par ratio, & non dissimile ius per textum *in l. cum quid, ff. si cert. pet.*, nec in hoc potest officere textus *in dict. l. Modestinus, ff. de solut.*, quando quidem ille textus procedit solummodò de duobus correis debendi, qui intelliguntur principalitèr obligati, vt ibidem Glosa; hic autem agitur de fideiussore soluente solidum, qui non esset obligatus principalitèr, sed tantùm accessoriè, & subsidiariè; vel etiam dic, quod ille textus *in l. Modestinus*, quantumuis procederet etiam de obligatis accessoriè, nihilominus adhuc nihil euinceret, quia procederet dumtaxat, quandò ille, qui solueret, solueret nomine principalis debitoris, quia tunc ex interuallo non posset cedi actio, cum per talem solutionem absolutè extincta censeatur; atque hæc explicatio omninò necessaria est ad conciliandа iura cæteroqui sibi contraria, & præcipuè *hanc l. Modestinus cum l. stychum, §. si mandato, ff. de solution.*, vbi conceditur etiam cessio actionis ex interuallo, atque in hanc explicationem consentire expressè videtur *Glosa in l. Modestinus, ff. de solut. in verb. nulla actio*. Quod, si inquiras, cur, quando vnus ex obligatis principalitèr soluit creditori, non possit ex interuallo per hunc cedi actio, possit verò ex interuallo cedi, quando, qui soluit, obligabatur dumtaxat accessoriè; statim erit responsio, hoc ex eo prouenire, quod obligatus principalitèr soluit nomine proprio, & obligatione propria, & principali, soluens verò fideiussorio nomine soluit obligatione accessoria, hicque, cum non obligetur ex proprio debito, semper supponitur soluere ex pacto implicito, ille verò, dum non exprimit per pactum expressum de cessione actionum, non intelligitur habere pactum aliquod, siue implicitum, siue explicitum, cum supponatur soluere ex propria obligatione.

Textus in l. Modestinus procedit de duobus correis, & quomodo.

Hinc deduces primò, quod, si fideiussor conuentus pro solutione insolidum excipiat de iure cessionis actionum aduersus creditorem, & hic nolit acquiescere cessioni, possit fideiussor exceptione cedendarum elidere actionem creditoris, *Baldus in l. nomen, ff. de hæred., & l. 1. ff. de act. vend., Alexander in l. sciendum 3. col. ff. de verb. obligat., Paulus de Castro in l. si mandato meo ff. de fideiuss., Baldus in auth. præsente, C. eod. tit.*, quinimmò habet etiam fideiussor pro beneficio cedendarum nedum exceptionē, quando conuenitur, sed etiam officium Iudicis, quod principalitèr ipse potest proponere pro eo impetrando *l. si contendat per Bartolum, & Alexand. ff. de fideiuss.*

6 Elidit actionem exceptione cedendarum.

Deduces secundò, quod, si fideiussor insolidum conuentus iam integrè satisfecerit creditori pro debito principalis debitoris, possit repetere solutum, tanquam indebitum, si creditor renuat cedere actiones ipsi fideiussori, qui soluit, *Glosa vlt. in l. cum is, ff. de fideiuss.*, si enim creditori nolenti cedere actiones potest fideiussor nolle soluere debitum *l. cum is, qui ff. de fideiuss. l. cum alter, C. eod. l. fin. ff. rem pupil. sat. fo.*, ità eidem post solutionem deneganti cedere easdem actiones poterit, qui soluit, repetere solutum; æquè enim per superiùs probata respectu fideiussoris vrget ius, vt sibi cedantur actiones, siue hoc petat ante solutionem, siue in actu ipso solutionis, siuè immediatè post, siue ex interuallo, & sic, si ratione talis iuris potest antecedentèr non soluere, ratione eiusdem potest consequentèr solutum repetere.

7 Si creditor renuat, repetit fideiussor solutum, vt indebitum.

Ratio, cui innititur assertum.

Assertio IV. Fideiussor, qui conuentus soluit solidum, facta sibi cessione actionum per creditorem, potest, non solùm agere ad repetendum solutum contra debitorem principalem reum debendi, sed etiam contra alios suos confideiussores, *Glosa vlt. in l. cum is, ff. de fideiuss., Molina disp. 544. vers. in secundò verò euentu, Gregorius Lopez lib. 11. tit. 12. part. 5.*

8 Facta cessione potest agere contra confideiussores.

Expressè habetur *in l. fideiussoribus, & in l. cum is, ff. de fideiuss.* Ratio autem huius assertionis ea est, quia talis cessio actionum æquiualentèr nihil aliud est, quam emptio earundem facta pecunia fideiussoris *l. fideiussoribus, ff. de fideiuss., & l. mandati, C. eodem*, sicque acquirit omne ius, quod habebat creditor tùm in ordine ad principalem debitorem, tum in ordine ad alios confideiussores, ergo eodem iure poterit agere contrà debitorem, & eosdem, quo poterat agere ipse creditor, quia per talem emptionem singularitèr succedit in ius eiusdem.

Hic pro pleniori huius assertionis notitia pro corollario multa excitantur dubia scitu dignissima. Primum est, an fideiussor, qui solidum soluit creditori, à quo habuit cessionem iurium, & actionum, possit æquè primò excutere fideiussores, ac principalem debitorem. Secundum, an possit excutere fideiussores pro integra satisfactione, siue coniunctim, siue separatim. Tertium, an agendo contrà alios confideiussores possit ab eisdem exigere integrum debitum non computata sua parte virili. Quartum, an, si vnus ex confideiussoribus decidat, pars virilis eiusdem sit distribuenda in alios confideiussores, qui sunt soluendo.

Nonnullæ rationes dubitandi circa assertionem.

Ad primum asserendum est, fideiussorem, qui soluit integrè creditori, à quo recepit cessionem iurium, nisi alij fideiussores sint in solidum æquè primò, & principali-

Excutiendus est primò debitor principalis.

paliter obligati, teneri primò conuenire, & excutere principalem debitorem, quam alios confideiussores *Ognate dict. tract.* 18. *disp.*53. *sect.*9. *n.* 128. Constat assumptum ex eo, quod ipse principalis creditor ante solutionem sibi præstitam à fideiussore saltem de iure nouo auth. non potest prius agere in fideiussores, quam excusserit principalem debitorem *Molina disp.* 545. *in princip.* Quod, si creditor ante excusionem principalis debitoris fideiussores conuenerit, ipsi possunt se tueri exceptione, quod principalis reus prius sit excutiendus *auth. præsente, C. de fideiuss., & in authentica, C. eod. tit.*, prout etiam nos ex professo in sequentibus videbimus, ergo nec etiam fideiussor, qui eidem soluit pro principali debitore poterit agere contra alios confideiussores, nisi prius excusserit principalem debitorem *arg. cap.*79. *de reg. iur. in* 6., totum enim ius, quod habet fideiussor, qui soluit debitum in integrum cum cessione actionum per creditorem, prouenit ab eodem creditore, qui maius ius transferre non potest, ac habeat in se ipso.

10 Nisi sint æquè primò obligati cum debitore.

Dixi, *nisi alij confideiussores sint in solidum æquè primo, & principalitèr obligati*, quia tunc *Bartolus, & Glos. vltim. in d.l. Modestinus, ff. de solution., Gregorius Lopez l.*11. *tit.* 12. *par.*5. *verb. de he tomor., Molina disp.*544. *vers. Secundus est*; sustinent fideiussorem, qui soluit integrum, posse conuenire æquè primò quemcunque voluerit, quia, ex quo habet actiones creditoris sibi cessas, potest quidquid antecedentèr poterat ipse creditor, qui vtique poterat conuenire æquè primò quemcunque obligatum in solidum, & principalitèr. Deindè per solutionem factam ab vno ex confideiussoribus obligato in solidum, cæteri confideiussores non eximuntur à priori obligatione, qua prius afficiebantur, sed antea poterant æquè primò excuti, ergo & postea. Ratio autem huius limitationis ea est, quia, ex quo fideiussores se obligarunt insolidum, & vt principales, facultatem concesserunt creditori, vt fiat prius in bonis suis excussio, quam in bonis debitoris, sicque saltem implicitè, & interpretatiuè renunciant beneficio iuris communis, secundum quod prius debet excuti principalis debitor, quam accedentes pro ipso, seu fideiussores *auth. præsente de fideiuss., & auth. hoc ità de duobus reis debendi, Siluester verb. fideiussor quæst.* 10. *nu.*9., *Duenas reg.*315. *limit.*5., & 18., *Rodericus Suarez in l.*2. *tit. de los, Emplazam. lib.*1. *for. in §. quæritur n.*7. atque quod obligatus, vt principalis possit immediatè excuti, docent *Glosa, & DD. communitèr in auth. de fideiussoribus, §.*1. *verb. accedat, Specul. in tit. de renuntiatione §.*1. *vers. viso beneficio, Abbas in c.*2. *de fideiuss., Marsilius in rub. ff. de fideiussoribus, Molina disp.* 545. *vers. si fideiussores*. Neque

Fideiussor solues solidum ius acquirit creditoris.

obstare potest, si asseratur, non valere argumentum à creditore ad fideiussorem soluentem solidum, quia poterat quidem creditor eligere fideiussores, non sic fideiussor alios confideiussores, quia creditor non potest cedere actionem ad eligendum, quia talis electio est priuilegium personale, & per consequens non transferibile in alios ità *Ognate dict. tract.* 18. *disput.* 53. *sect.*9. *n.*131. præcipuè, cum esse fideiussorem principalitèr, & in solidum sit odium, & strictè interpretandum, & non respectu aliorum fideiussorum, sed creditoris dumtaxat; Non, inquam, obesse potest, quia creditor omne ius, quod habebat in se ipso, per illam cessionem transfert in fideiussorem, qui soluit, vndè diximus suprà, quod ipse fideiussor soluendo integrè debitum creditori, & ab eodem recipiendo cessionem actionum, quodamodò virtualitèr emat illas actiones, qui autem emit ius alterius cum omnibus iuribus, & prærogatiuis illius succedit plenè in ius eiusdem cum eisdem prærogatiuis. Dicere deindè, quod illa electio sit priuilegium personale creditoris, & non in alios transferibile, est dicere quid omninò gratis, & sine fundamento, cæteroqui, nec esset transferibile in hæredes; & sicuti, si quis habeat priuilegium prælationis, vel ratione hypothecæ, vel alicuius alterius conditionis, illudque in alium, vel venditione, vel donatione, vel aliquo alio titulo, siue oneroso, sine gratuito transferat, hic acquirit etiam ius prælationis, nec vllus est, qui asserat, hoc priuilegium esse personale, ità si habeat ius eligendi quemcunque voluerit ex fideiussoribus, & transferat omnia sua iura in vnum ex fideiussoribus, qui soluit, vtique in locum ipsius succedere hic pleno iure censendus est, & sortiri priuilegium electionis, quo antecedentèr gaudebat ipse creditor. Dicere postea, quod hoc, quod est obligari principalitèr & insolidum, sit odiosum, adeoq; strictè interpretandum, verùm est, quotiescunque facienda est interpretatio, secus autem quando ex proprietate verborum, quibus quis se obligauit, apparet strictissimè se obligasse, vt in casu nostro, secundum quem se obligarunt principalitèr, & insolidum.

Ius eligendi nō est personale respectu creditoris, & nō transferibile.

Ad secundum dicendum est, non posse alios confideiussores pulsare, & excutere pro integra debiti satisfactione, sed tantum pro virili cuiuscunque portione, nisi se obligauerint principalitèr, seu vt principales, & insolidum per ea, quæ supra dicta sunt prænot. præcedenti assertione tertia iuxtà mentem *Gometij* 3. *var. c.* 13., *Molina disp.*542., *Ognate d. tract.*18. *disp.*53. *sec.*5. *num.*61., conformitèr ad textum *in l. reos, §. cum tabellis, ff. de duob. reis*, quæ ibi recole. Limitationem item recole ex ijs, quæ

11 Pulsat alios fideiussores pro virili tantum.

dicta

dicta ſunt in præcedenti limitatione prioris caſus.

12 Non repetit, niſi dempta parte, quam ipſe ſoluere tenebatur.

Ad tertium dicendum eſt, fideiuſſorem, qui ſoluit creditori integrè pro toto debito, non poſſe agere contra alios fideiuſſores ad repetendum totum ſolutum, ſed tantùm excepta parte, quam ipſe fideiuſſor ita conuentus ſoluere tenebatur, *Gloſa in l. creditor C. de duobus reis, Bartolus, & Gloſa vltim. in l. Modeſtinus, ff. de ſolut., Gregorius Lopez l. 11. tit. 12. part. 5. verb. denetomar., Molina diſp. 544. verſ. ſecundus eſt, & diſp. 542. in fine*. Ratio ex ijs deducitur, quæ docuimus *tom. 2. ſub tit. Contractus V. de Cambys II. diſqu. IV. §. V. num. 4*, nempè, quod, ſi vnus ex fideiuſſoribus inſolidum obligatus conuenerit cum creditore, ne aduerſus ſe actionem intentet promiſſa eidem certa pecuniæ quantitate, & fortè etiam ſoluta, non poteſt idem creditor aduerſus alium confideiuſſorem agere pro tota ſumma, ſed tantum pro complemento crediti detracto ſoluto per primum fideiuſſorem, per textum *in l. ſi ſtipulatus eſſes, §. ſi ex duobus, ff. de fideiuſs.*, ergo neque fideiuſſor, qui integrè ſoluit pro principali debitore, & pro alijs confideiuſſoribus poterit ab eiſdem confideiuſſoribus integrum exigere non computato eo, quod ipſe antecedentèr ad ceſſionem ſoluere tenebatur. Conſequentia tenet, quia, in tantum creditor in hypotheſi antecedentis non poteſt exigere id, quod vnus ex fideiuſſoribus ſibi perſoluit, in quantum illud cedit pro parte debiti, quod ipſe, vel alij ſoluere tenebantur, nec poteſt creditor quid magis exigere, quam ſit ipſius creditum, ergo, neque etiam fideiuſſor, qui integrè ſoluit creditori, poterit integrè exigere a cæteris confideiuſſoribus, non computato eo, quod ipſe pro virili ſoluere antecedentèr tenebatur, cæteroqui plus ipſe exigeret, quàm exigere poſſet principalis creditor, quod ſic euincitur; nam principalis creditor, vel ab omnibus ſimul, vel ab omnibus per partes viriles poteſt exigere tantùm integrum ſuum debitum, & non quid vlteriùs, & quidem ſolum relatiuè ad omnes confideiuſſores, etiam ad ipſum ſoluentem, ergo etiam ipſe fideiuſſor, qui ius habet ab eodem creditore, poterit tantùm exigere integrum debitum, etiam comparatiuè ad ſe ipſum, ſeu computando etiam id, quod ipſe debet. Ratio fundamentalis horum omnium ea eſt, quia ipſe fideiuſſor, qui integrè ſoluit, tenetur etiam pro ſua virili portione æquè, ac alij omnes, ergo ſuam virilem partem tenetur in tali exactione computare.

Plus ipſe exigeret, quam poſſet exigere creditor.

Ad quartum, ſi vnus ex confideiuſſoribus decidat, dicendum eſt, virilem partem, quæ ipſum contingeret, diuidendam eſſe proportionalitèr inter alios confideiuſſores, & per eoſdem ſoluendam *Gregorius Lopez l. 11. tit. 12. part. 5., Molina diſp. 544. verſ. ſecundo verò euentu, Ognate d. tract. 18. diſp. 53. ſect. 9. num 133. verſ. hoc ergo ſuppoſito, Bartolus in l. Modeſtinus, ff. de ſolut.* Ratio eſſe poteſt, quia, ex quo omnes ſe obligarunt in ſolidum, videntur quodamodo ſe obligaſſe in quemcunque defectum ſolutionis, ita vt pro toto ſe obligent ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim, adeo vt ipſi pro toto teneantur indemnem ſeruare creditorem, ergo, ſi vnus deficiat ad conſtituendam talem indemnitatem, debent pro illa parte, quæ deficit, concurrere ad proportionem; non enim, qui ſoluit, debet eam luere, cæteroqui eſſet deterioris conditionis ex eo, quod ſoluerit, & reliqui ex ſua peruicacia in non ſoluendo commodum reportarent; nec totum onus illius partis eſt in aliquem particularem ſolummodò refundendum, quia fieret illi iniuria; Neque in hoc audiendi ſunt aliqui, qui cenſuerunt in hypotheſi iſta, fideiuſſorem, qui ſolidum ſoluit, conuenire ſolummodò poſſe ſingulos alios confideiuſſores pro virilibus ſuis portionibus, adeò vt, ſi vnus deficiat, ab illo ſolum accipere poſſit cautionem, vt eam ſoluat, ſi ad pinguiorem fortunam deuenerit; non, inquam, audiendi ſunt, quia, ex quo omnes ſe obligarunt in ſolidum, ſe obligarunt pro toto, ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim, ſicque altero illorum non exiſtente ſoluendo reliqui tenentur ad conſtituendum pro toto indemnem creditorem, & per conſequens etiam illum, qui per ceſſionem actionum ſucceſſit in locum eiuſdem creditoris, hoc enim importat natura obligationis in ſolidum.

13 Pars decidentis ſoluenda eſt per alios confideiuſſores.

Tenentur cõſtituere pro toto indemnẽ creditorẽ

Ex ijs, quæ dicta ſunt in hac vltima difficultate, nonnulla alia pullulant dubia currenti calamo diſſoluenda, & primò, ſi plures fideiuſſores ſe obligauerint pro parte tantum, & vnus ſolummodò ſe obligauerit pro toto, atque iſte conuentus ſoluerit integrè debitum, poſſit conuenire alios confideiuſſores, qui ſe obligarunt pro parte tantum ad ſoluenda etiam proportionalitèr partem vnius ex illis, ſi hic non fuerit ſoluendo; Secundò, an, ſi omnes fideiuſſores ſe obligarunt in ſolidum, & vnus ex illis per creditorem conuentus ſoluerit integrè, teneatur, & ipſe concurrere ad ratam, cum alijs pro parte virili alicuius, ſi hic factus fuerit non ſoluendo, an verò poſſit partem illam in alios diſtribuere, ſe ipſum eximendo ab illo onere. Quoad primum diſtinguendum exiſtimo, vel enim alij confideiuſſores obligarunt ſe pro parte determinata, v. gr. ſinguli pro decem nummis aureis tantum, vel pro parte indeterminata, quatenus ſcilicet non facta obligatione de determinato numero

Variæ rationes dubitãdi circa hãc vltimam difficultatem.

se obligarunt omnes per partes, quæ indè resultabunt, constituere indemnem creditorem.

14 *Soluens integrum nō potest agere cōtra obligatos pro parte ad exigendā partem vnius, qui decidit.*

Iuxtà primum membrum diuisionis certum est, alios confideiussores non teneri concurrere ad solutionem pro parte eius, qui factus est non soluendo. Ratio est, quia fideiussores, qui accessoriè obligantur, non possunt ad quid magis obligari, quam ad illud, ad quod præstiterunt liberum consensum, &, sicuti possunt se obligare, vel non obligare quoad substantiam, ita possunt obligari, vel quoad totam quantitatem, vel quoad partem, eiusdem tantum, & non vlteriùs *argum. l. quæso, ff. locat. l. fideiussores, ff. de fideius.*, neq; ex eo, quod alius accesserit pro parte, & postea factus fuerit non soluendo, sequitur, quod alij teneantur pro ipso; non, inquam, sequitur, quia de hoc, nec conuenerunt ad inuicem, nec cum creditore, adeoq; non est, cur ad hoc obligentur. Iuxtà secundum membrum diuisionis dicendum est, quod, si omnes pro eodem tempore accesserunt, vt fideiussores, singuli pro parte tantum debiti sibi proportionata, quantumuis non facta fuerit expressio determinatæ quantitatis, ad quam vnusquisque se obligauit, probabilius etiam est, quod vno facto non soluendo non teneantur cæteri pro rata ad eius partem persoluendam.

Obligans se semper intendit id, quod sibi minus graue est.

Ratio esse potest, quia semper præsumendum est, quod obligans se intendat semper id, quod sibi minus graue est, dummodò aliud non exprimat, & in dubio semper fauendum est grauato per allegata superius iura, sicque, dum concurrunt omnes simul pro eodem tempore singuli pro sua parte virili, præsumptio esse debet, quod solummodò se obligauerint habito respectu ad omnes, ratione cuius minuitur obligatio in singulis, non tamen, vt vnus subsidiariè pro altero obligetur; hoc etenim videtur importare natura obligationis pro parte ad differentiam obligationis in solidum.

15 *Ipse soluens tenetur etiā pro sua rata.*

Quoad secundum absolutè sentiendum existimo, partem illam etiam distribuendam esse non comparatiuè tantum ad alios confideiussores, sed relatiuè etiam ad ipsum fideiussorem, qui soluit solidum, *Ognate dict. tract. 18. disp. 53. sect. 9. nu. 133., & sect. 10. nu. 158.* Ratio est, quia ipse cum alijs æquè obligatur, nec ex eo, quod ipse pro alijs omnibus soluerit, eximitur à sua propria obligatione, cum, & ipse sit fideiussor; sicq; dum alij tenentur ad ratam pro parte facti impotentis, & ipse cum eisdem seruata proportione tenetur.

16 *In dubio præsumitur, quod soluerit, vt fideiussor.*

Assertio V. Si fideiussor obligatus in solidum, & conuentus à creditore integrè persoluerit non exprimendo, an soluerit nomine proprio, vel nomine debitoris præsumendum est, quod soluerit nomine proprio, & proindè eidem cedendas esse actiones, tam aduersus principalem debitorem, quam aduersus alios confideiussores, siue petat easdem immediatè post positam solutionem, siue ex interuallo, *Bartolus in l. Modestinus, ff. de solut., Gregorius Lopez l. 11. tit. 12. part. 5. glos. vlt., Molina dict. disp. 544. vers. in tertio euentu*; vbi eam appellat communem DD. opinionem. Ratio ex eo deducitur, quia, ex quo obligatur, vt fideiussor, semper præsumendus est soluere fideiussorio nomine, adeoque nomine proprio, nisi aliud expresse dixerit; neque in hoc audienda est *Glosa cum Azone in l. Papinianus, ff. mandati*, qui asserunt, quod, quando incontinenti post solutione fideiussor petit à creditore cessionem actionum præsumatur soluisse nomine proprio, ac proindè eidem cedendas esse; quando verò ex interuallo petit præsumatur soluisse nomine debitoris, & adeoque eidem non esse huiusmodi actiones cedendas; non, inquam, audienda est, quia, quod petierit ex interuallo non est sufficiens fundamentum præsumptionis, quod soluerit nomine debitoris, quia nemo supponitur soluere, nisi sub ea ratione, sub qua obligatur; cum igitur non obligetur, nisi, vt fideiussor, non nisi fideiussoris nomine præsumendus est soluere, nisi expresse constiterit de mandato principalis debitoris ad soluendum nomine eiusdem, in quo casu posset solum agere actione mandati, seu negotiorum gestorum aduersus ipsum debitorem, non autem aduersus alios confideiussores, in quo sensu existimo præcisè locutos *Glosam, & Azonem loc. cit.*

Distinctio Glosę, & Azonis explicata & reprobata.

PRÆNOTIO VII.

De Fideiussore indemnitatis.

SVMMARIVM.

Fideiussor indemnitatis ille est, qui datis fideiussoribus indemnem promittit creditorem, cum attestetur illos habere sufficientia bona, & in defectum illorum ipse se obligat, vel ad totum, vel ad partem. 1.

Vel qui nullis datis fideiussoribus affirmat creditori debitorem esse soluendo, & in defectum se obligat. Ibid.

Fideiussor indemnitatis ex genere suo non potest ità constitui, vt possit conueniri prius, quam excutiatur principalis debitor, alijque fideiussores, quibus accessit. 2.

Potest excipere de excussione etiam post litem intentatam. 3.

Fideiussor indemnitatis non potest renuntiare priuilegio excussionis, vel non est talis. 4.

Fideiussor pro Magistratu, aut aliquo publico ministro quoad sui muneris administrationem non prius in sindicam talis ministri con

conueniri potest, quem ipse minister. 5. *Fideiussor indemnitatis non potest priùs conueniri, vt talis, etiamsi iuramento se obligauerit.* 6.

Fideiussio indemnitatis est quædam tertia species contradistincta tàm à simplici fideiussione, quàm à iudiciali, quàm variè explicant DD. Generalitèr nomine fideiussionis indemnitatis I. C. intelligunt simplicem, & nudam promissionem, qua alicui cauetur indemnem eum futurum ex eo negotio, de quo agitur *l. cogi*, *§. idem quærit*, *ff. ad Trebell. l. si vnus*, *ff. pro socio l. illud sciendum*, *§. vltimo*, *ff. de ædil. edict.*, vndè etiam dicitur cautio indemnitatis *l. liberto*, *§. 1. ff. de negot. gest.*, *Gail. lib. 2. obseru. 27. n. 3.*, *Emanuel Suarez in comm. opin. lit. F. nu. 166.*, *Coler. de præcepto execut. part. 1. c. 20. nu. 35.*, nomine fideiussionis indemnitatis intelligunt obligationem eius, qui non tenetur in solidum, vndè fideiussorem indemnitatis eum appellant, qui, cum non sit obligatus in solidum, est vnus, & idem cum fideiussore fideiussoris *Idem Gail. loc. cit. nu. 13.*, *Ioannes Schneida, VV. in §. in omnibus nu. 6. instit. de fideius.*, *Hieronym. Taulerus select. disp. vol. 2. disp. 28. thes. 3. lit. E.* Sed meritò eos impugnat *Antonius Hereng. cap 4. num. 62.* quandoquidem non omnis fideiussoris fideiussor est fideiussor indemnitatis, cum etiam ab initio insolidum obligari possit fideiussor fideiussoris, quod se aliter habet in fideiussore indemnitatis. Congruentiùs, & aptius meo videri fideiussionem, seu fideiussorem indemnitatis explicant *Molina disp. 545. vers. fideiussor indemnitatis*, *Ognate dict. tract. 18. disp. 53. sect. 2. nu. 25.*, dum dicunt, fideiussorem indemnitatis illum esse, qui datis fideiussoribus pro debitore principali, indemnem promisit fore creditorem, cum attestatur illos habere sufficientia bona ad integrè satisfaciendum, & in defectum talium bonorum ipse promittit soluere id, quod defuerit ad integrandam debitam ipsius satisfactionem; vel fortè etiam eum, qui nullis alijs datis fideiussoribus à principali debitore, solum affirmat creditori, ipsum principalem debitorem esse soluendo, seu habere sufficientia bona ad ipsi integrè satisfaciendum pro suo credito, & in defectum talium bonorum ipse se obligat ad satisfaciendum de suis bonis in eo, in quo defuerint bona eiusdem debitoris. Alio modo posse interuenire fideiussorem indemnitatis explicat *Molina loc. cit.*, quatenus plures in fauorem debitoris se constituunt fideiussores, ita tamen; vt vnus, qui cum alijs accedit, velit, vt alij omnes, qui cum ipso accedunt, promittant ipsi indemnitatem per pactum seorsim cum illis inito. Primò modo a Molina explicato fideiussor indemnitatis respicit alios confideiussores in ordine ad creditorem. Secundò modo respicit debitorem in ordine ad eundem. Tertiò modo respicit alios confideiussores in ordine ad fideiussorem constituentem cum ipsis tale pactum.

Variæ acceptiones fideiussoris indemnitatis.

1 Germana acceptio fideiussoris indemnitatis.

Alia acceptio fideiussoris indemnitatis.

His iam pro notitia nominis sic explicatis proponenda sunt dubia, quæ circà propositum titulum sunt explicanda. Primum erit, an ità possit constitui fideiussor indemnitatis, vt ipse possit prius conueniri, quàm excutiatur principalis debitor, vel alij fideiussores, pro quibus accessit. Secundum, an ex suppositione, quod debitor indemnitatis renuntiauerit omnibus iuribus sibi competentibus, possit adhuc excipere, quod prius fiat excussio in bonis principalis debitoris, vel aliorum simplicium fideiussorum, pro quibus accessit. Tertium, an si quis existat fideiussor indemnitatis pro Magistratu, vel alio Ministro publico quoad sui muneris administrationem, possit prius conueniri in sindicatu, quam excutiatur Magistratus, vel ille publicus Minister, & his similia. Quamobrem sit

Assertio I. Fideiussor indemnitatis ex genere suo non potest ita constitui, vt ipse prius possit conueniri, quàm excutiatur principalis debitor, alijque fideiussores, pro quibus accessit, *Molina disp. 545. vers. hoc ità constituto*, *Roderic. Suarez tit. 2. de los emplaziamento lib. 2. for.*, *Gutier. de iuramen. confirm. p. 1. c. 23. n. 19.*, *Anton. Gomez 2. var. c. 13. n. 14.*, *Lessius lib. 2. c. 28 dub. 1. n. 8.* Expreisè habetur *in l. fideiussor obligari*, *§. fin. ff. de fideius.* 2

2 Non potest conueniri, nisi excusso principali debitore.

Ratio huius assertionis deducitur ex natura ipsa huius fideiussionis, secundum quam fideiussor, qui promittit debitorem, seu fideiussores simplices esse soluendo obligatur solummodò in ijs, in quibus deficiunt bona debitoris, seu aliorum fideiussorum, ergo facienda est in bonis eorundem prius exacta excussio, quam ipse conueniatur; Quomodo enim ipse potest obligari ad supplementum defectus, vbi non constat de ipso defectu? Quamobrem meritò monet *Gutier. de iuram. conf. c. 23. nu. 20. cum Bartolo, & Alex., & alijs apud ipsum*, quod, si fideiussor indemnitatis conuentus apposuerit exceptionem discussionis prius faciendæ in bonis principalis debitoris, seu aliorum fideiussorum simpliciter adiectorum, teneatur creditor in tali discussione citare ipsum fideiussorem indemnitatis, vt videre possit, num integrè, & debitè fiat.

Non potest supplere, nisi cõstet de defectu.

Hæc, quæ dicuntur, adeò vera sunt, vt ipse fideiussor indemnitatis possit excipere de tali excussione prius facienda, etiam post litem aduersus se contestatam per creditorem ad effectum, vt solueret loco debi-

debitoris. *Molina dict. disp. 545. vers. hoc ità constituto*.

3 Non potest, vt talis renunciare excussioni.

Assertio II. Fideiussor indemnitatis, etiam si renuntiet omnibus priuilegijs, non propterea cẽsetur renuntiare iuri sibi competenti de excussione prius facienda in bonis debitoris, vel aliorum fideiussorum, pro quibus promisit; si verò constituat cum ipso creditore expressè, quod ipse possit priùs conueniri, quam excutiatur principalis debitor, vel alij fideiussoris, tunc non erit amplius fideiussor indemnitatis, sed, vel correus debendi, vel fideiussor principalitèr obligatus, *Gama decis. 379., Gutier. de iuram. confirm. c. 23. n. 22., Gomez 2. var. resol. c. 13. n. 3 Molina d. disp. 545. vers. illud verò est obseruandum, Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 2. n. 27.* Hæc omnia habentur in *l. vlt. ff. si cert. pet. l. decem stipulatus, ff. de verb. oblig. l. si decem, ff. de solut., & l. 2. C. de fideiuss. tut.*

4 Est de natura fideiussionis, indemnitatis, non priuilegiũ, quod prius excutiatur debitor.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, primò, quia quod fideiussor indemnitatis non possit prius conueniri, quam excutiatur principalis debitor, est de natura talis fideiussionis, non priuilegium ipsi à iure concessum per ea, quæ notat *Molina dict. disp. 545. vers. hoc ità constituto*, ergo per renunciationem omnium priuilegiorum non intelligitur renuntiatum exceptioni excussionis prius faciendæ in bonis principalis debitoris. Secundò, quia per talem conuentionem non renuntiat contractui, seu ijs, quæ sunt ex natura contractus, sed ad summum ijs, quæ sunt præter naturam contractus, vel ex dispositione iuris per modum priuilegij, vel per partium conuentiones, cæteroqui vellet contractum, & nollet contractum, cum nollet ea, quæ naturæ eiusdem sunt substantialitèr annexa, ergo neque renuntiare præsumendus est illi exceptioni, cum naturæ contractus secundum se conueniat.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia tale pactum omninò pugnat cum natura fideiussionis indemnitatis, vndè, optimè intulit *Bartolus in l. 1 nu. 2. C. de conuent. Fiscal. lib. 10* huiusmodi fideiussorem, aut desinere esse fideiussorem indemnitatis, aut non amplius obligari, ergo talis conuentio non habet, nisi nomen fideiussionis indemnitatis, cæterum in re erit conuentio, qua ipse fideiussor simul constituitur cum debitore reus debendi. *Baldus in auth. præsente, C. de fideiuss.*, & habetur *in l. fideiussor obligati, §. fin. ff. eod.*

5 Etiam publicus minister prius cõueniẽdus est.

Assertio III. Si quis fideiussor accesserit pro Magistratu, aut alio publico ministro quoad sui muneris administrationem, non prius in sindicatu talis ministri conueniri potest, quam facta fuerit excussio in bonis principalis rei, nempè ministri. *Salicetus in l. 4. §. vlt. ff. de administratione rer. ad curat. pertin., Gutier. loc. quo supra n. 23., Molina dicta disp. 545. vers. illud autem est obseruandum*.

Ratio deducitur ex generali regula, secundum quam in vniuersum statuitur, quod fideiussor indemnitatis non prius conueniatur, quam facta fuerit excussio principalis Rei, à qua regula non est excipiendus huiusmodi fideiussor, nisi indicetur ius hanc exceptionem inducens. Euincitur ex generalis regula.

6 Etiam si iuramẽto se obligauerit.

Assertio IV. Fideiussor indemnitatis, si contractum fideiussionis, suamque fideiussoriam obligationem firmet iuramento, adhuc non potest conueniri, nisi prius excutiatur principalis reus, vel alij communes fideiussores, pro quibus accessit, *Coaruuias c. quamuis pactum part. 1. §. 4. n. 4., Antonius Gomez 2. var. resol. c. 13. n. 4. lim. 6., Gutier. de iur. confir. par. 1. c. 23. n. 26., & seqq. Molina d. disp. 545. vers. contraria sententia*.

Ratio ex eo desumi potest, quod iuramentum confirmatorium ad quid magis non se extendit, ac se extendat promissio, seu obligatio, supra quam cadit *l. vlt. C. de non numer. pecun.*, sed obligatio fideiussoria præcipuè, si sit indemnitatis, ex ipsa mẽt iuris dispositione intelligitur facta prius discussione in bonis principalis rei per superius allegata, & probata, ergo, & iuramentum confirmatorium &c.

Instantia aduersus assertum, eiusque solutio.

Neque obesse potest id, quod ex aduerso affert *Gutier. loc. cit.* iuxta textum *in cap. rescripto de iure iurando*, vbi fideiussores, qui se iuramento adstrixerunt, damnantur ad implendum id, quod sub iuramento promiserunt nolente principali implere contractum, vel ex eo, quod, si mulier fideiubeat, & suam fideiussoriam obligationem firmet iuramento, non gaudeat exceptione Velleiani, ergo etiam, si fideiussor indemnitatis firmet iuramento suam fideiussionem, non gaudebit exceptione discussionis; Non, inquam, obesse potest, quia allegatus textus *in c. ex rescripto de iure iurando*, procedit dumtaxat seruato ordine iuris, quatenus scilicet priùs excussio fiat circa principales, & postea compellantur fideiussores. Ibi erat sermo de quodam Abbate, qui conuentionem quandam fecerat cum iuramento de ea adimplenda, & ad maiorem cautionem obsides dederat quosdam suos Monachos, & insuper fideiussores adhibuit, qui iurarunt adimplere, vbi Abbas non adimpleuerit, seu interesse præstare, quod non est esse simplicitèr fideiussorem indemnitatis, sed se obligare ad seruanda conuenta per Abbatem, & vtique iuramento, ratione cuius &c. Ad illud, quod subditur dicendum est, disparem esse rationem de muliere iurante seruare fideiussionem, & de

de fideiuffore indemnitatis iurante feruare fuam obligationem fideiufforiam. Ratio difparitatis in eo fundatur, quod in primo cafu de exceptione Velleiani hæc non eft ex genere fuo deftructiua fideiuffionis, nec cum eadem pugnat, fed tantum inducta eft ex beneficio legis tanquam priuilegium ftatus muliebris ob periculum deceptionis, & læfionis, adeoque, fi mulier eidem cedat, & iuramento confirmet, non eft, cur eadem poftea vti pofsit; in cafu verò de exceptione excufsionis, cum hæc ex directo pugnet cum natura fideiufsionis indemnitatis, adeoque, quantumuis fideiuffor indemnitatis fuam fideiufforiam obligationem firmet iuramento, non propterea priuatur iure excipiendi, quia impofsibile eft, quod velit contractum, & per iuramentum ea nolit, quæ funt de natura eiufdem contractus. Aliam difparitatem afsignat *Molina loc. cit. verf. ad fecundum Gutier.*, quem tu confule, mihi enim magnam vim non facit.

PRÆNOTIO VIII.

An prius fint excutienda pignora, quã fideiuffores.

SVMMARIVM.

Liberum eft creditori, vel excutere prius pignora, vel fideiuffores. 1.

Neque ex eo, quod pignus fit ex perfona debitoris, prius eft excutiendum, & quare. 2.

Si creditor prius excuteret fideiufforem, quàm pignora, & à fideiuffore fatisfieret, teneretur pignora cedere fideiuffori. 3.

Si fideiuffor fe obligauit cum conditione, vt creditor fimul pignora acciperet, fi non acceperit, eximitur ab onere fideiuffionis. 4.

Poffunt pro eadẽ obligatione accedere fimul & fideiuffores, & pignora.

INdubitati iuris eft, cuicunque obligationi ciuili accedere poffe, vel pignora, vel fideiuffores feiunctim, vel etiam ex conuentione partium, & pignora, & fideiuffores coniunctim. In fuppofitione autem, quod vtraque cautio acceflerit, controuertitur modò, an creditor teneatur in excuffione feruare aliquem ordinem excutiendo prius pignora, quam fideiuffores, vel è contra, an verò pro arbitrio poffit eligere id, contra quod prius agat.

1 Affertio I. Habet creditor ius, vbi aliud non fuerit actum, ex arbitrio, vel excutiendi prius fideiuffores, quam pignora, vel è contra *Bartolus*, *Salicetus*, *Baldus*, *& alij in l. creditori, C. de fideiufs.*, *Panormitanus in cap. peruenit de fideiufs.*, *Ognate dict. tract. 18. difp. 53. fect. 4. num. 50.* Expresè colligitur *ex dict. l. creditori, C. de fideiufs.*, vbi fic legitur. *Creditori, qui pro eodem debito, & pignora, & fideiufforem accepit, licet, fi malit, fideiufforem conuenire in eam pecuniam, in qua fe obligauerit, & in l. omiffis, C. eodem.* Ibi. *Omiffis quoque pignoribus fideiufforem à creditoribus vtilitèr conueniri explorati iuris eft.* Item *in l. inter eos, §. creditor*, vbi dicitur, quod non cogitur creditor prius pignus diftrahere, & pretio eius debitum fibi abolere, quam ad fideiufforem venire.

Vtraque cautio eft accefforia & fine ordine.

Ratio affertionis, & huiufmodi iurium ea effe poteft, quia vtraque cautio pignoris, fcilicet, & fideiuffionis, refpicit eundem finem fecuritatis creditoris, & vtraque fine vllo ordine confertur prioritatis, & pofterioritatis, nec natura pignoris exigit, vt prius ipfum exigatur, quam fideiuffor, cum vtraque cautio fit accefforia, non enim obligatio fideiufforia eft accefforia refpectu pignoris, fed refpectu principalis debiti.

2 Nõ officit quod pignus fit ex bonis debitoris.

Dices, quod, quamuis natura pignoris fecundum fe comparatiuè ad fideiufforem non exigat prius difcuti, exigat tamen prius excuti fub alia ratione, fub qua eft res debitoris, ex fuperius autem dictis prius eft excutiendus principalis debitor in bonis fuis, antequam conueniatur fideiuffor. Sed contra, quia ea, quæ dicuntur in inftantia, verificantur folummodò quoad ea bona, quæ funt fub plena poteftate debitoris, in quibus debet prius difcuti, non autem quoad ea, quæ iam pro fecuritate funt obligata in pignus ipfi creditori; poteft enim potius velle fatisfieri in bonis fideiufforis, quam in pignore timens de euictione, propter quam potuit vltra pignus creditor velle etiam fideiuffionem. Si autem inquiras, cur fit prius excutiendus debitor in alijs bonis non obligatis pignori propter idem debitum, non verò in eodem pignore, cum etiam in alijs bonis poffit effe periculum euictionis? Statim refpondebo, hoc prouenire ex ipfa natura conuentionis, ex quo enim creditor voluit fimul pignus, & fideiufforem, fegregauit quodamodo ius pignoris a cæteris omnibus bonis debitoris, illudque contulit cum iure ad fideiufforem, ficque optionem in fe tranftulit, vel ad pignus, vel ad fideiufforem. Dici etiam poteft, quod, ex quo pignus accepit, & fideiufforem fimul exegerit, cefferit quodamodò iuri in ordine ad alia bona debitoris, nifi ad fummum in cafu euictionis eiufdem pignoris, ficque ratione talis conuentionis non habeat in hac hypothefi ius excuffionis in ordine ad alia bona debitoris.

Exigendo fimul pignus, & fideiuffores fegregat pignus à cæteris bonis debitoris.

Dices fecundò. Ex quo creditor habet in fua poteftate pignus, videri quodamodò ipfo

ipso iure fieri compensationem inter crediæ tum, & pignus, quatenus ratione crediti cedat immediatè creditori ipsum pignus, vel id, quod ex pignore accipitur, sicque non posse prius conuenire fideiussorem. Sed contra, hæc verificantur, si ipse creditor annuat pignori potius, quam fideiussori, in quo sensu dici potest fieri compensatio immediatè, quatenus non tenetur alia excutere, quando habet in sua potestate id, quo satisfiat, cæterum, cum non teneatur potius in vno, quam in alio satisfieri, potest, nolle fieri in pignore compensationem, & velle à fideiussore fieri satisfactionem.

3 Tenetur cedere pignora fideiussori excusso

Assertio II. In hypothesi, qua creditor prius exigeret à fideiussore, quam pignus excuteret, requisitus tenetur creditor cedere pignora fideiussori, *Ognate dict. tract.* 18. *de fideius. disp.* 53. *sect.* 4. *num.* 53. *DD. in l. si creditor, C. de fideius.*

Expressè euincitur assertio *ex l. creditori, C. de fideius.* Ibi - *Quod cum facit debet ius pignoris in eum*, idest in fideiussorem conuentum, *transferre*. Hoc idem innuitur *in l. 2. ff. de distract. pign., & in l. cum totum, ff. de sent., & interloc.*; nec incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem, sicuti creditor conueniens fideiussorem tenetur requisitus eidem cedere actiones aduersus alios fideiussores, ita conueniens fideiussorem tenetur eidē cedere pignora.

Ratio, cur teneatur cedere.

Ex quibus eruitur; quod, quando creditor exigit fideiussorem, non ideò eidem inutilitèr etiam tradantur pignora, quandoquidem eidem melius est habere simul pignora cum fideiussoribus, quàm solos fideiussores sine pignoribus; quinimmò, nec eadem pignora sunt inutilia ipsis fideiussoribus, quod multis capitibus euincitur; & primò, quia, si fideiussor se obligauit adiecta conditione, vt pignora acciperentur, & creditor non accipiat, ipse fideiussor eximitur ab obligatione fideiussionis per textum *in l. si creditor, C. de fideius.* propter eam rationem, quia scilicet fideiussor obligaretur in deteriorem causam. Secundò, quia, si tradita fuerint pignora, ipse fideiussor soluens pro debitore ius habet, vt sibi pignora tradantur *l. sicut eligendi, C. de fideius., & l. creditori, C. eodem, & l. si creditor, & ibi DD., & Glosa, C. eodem.*

4 Fideiussor non potest obligari in deteriorem causam.

PRÆNOTIO IX.

An fideiussor, antequam soluat, possit agere aduersus debitorem, vt eum soluendo à fideiussione liberet.

SVMMARIVM.

Fideiussor, qui sine creditore conuenit cum debitore ad certum tempus, potest eo elapso agere aduersus debitorem, vt eximatur ab onere fideiussionis. 1.

Facta conuentione inter fideiussorem, & debitorem pro certo, & determinato tempore, & non certiorato creditore, eo elapso non extinguitur actio creditoris aduersus fideiussorem. 2.

Si fideiussor fuerit adiectus sine tempore potest agere aduersus debitorem, vt eximatur, si longum tempus effluxerit. 3.

Tempus requisitum, vt fideiussor possit agere ad talem liberationem, debet statui à Iudice, 4.

Excipe in casu, quo se obligasset, vsque quo debitor solueret. 5.

Si debitor dilapidet bona, potest fideiussor agere aduersus ipsum, vt liberetur. 6.

Fideiussor metuens pœnam, & deponens in loco tuto potest agere aduersus debitorem, vt liberetur. 7.

Fideiussor longè profecturus potest agere, vt liberetur. 8.

IVxtà diuersos sensus examinari potest præsens titulus, & primò in suppositione, qua tempus fideiussioni præfinitum inter debitorem, & ipsum fideiussorem non concurrente ad hoc tempus creditore fuerit elapsum. Secundò in suppositione, qua in conuentione nihil fuerit dictum de tempore, & longum effluxerit. Tertiò in suppositione, qua debitor bona sua dilapidare incœperit. Quartò in suppositione, qua pœnam metuens debitum deponat, & obsignet. Quintò, si ex inimicitijs abesse cogatur.

Sensus multiplex difficultatis exponitur.

Assertio I. In hypothesi, qua tempus conuentum inter fideiussorem, & debitorem non concurrente creditore ad illud tempus limitatum, fuerit elapsum, potest idemmet fideiussor agere aduersus debitorem, vt soluendo debitum, vel alium fideiussorem idoneum assignando, vel erogando pignus se liberet a fideiussione *Gregorius Lopez lib. 14. tit. 12. part. 5., Gomez 2. var. cap. 13. num. 14. vers. quartus casus est, Molina disp. 546. vers. quintus casus, Ognate tract. 17. disp. 53. sect. 12. n. 173.*

1 Elapso tempore agit, vt liberetur.

Expressè habetur *in l. pro ea, C. mandati*, nec certè incongruè hoc decernitur, quandoquidem fideiussor non potest ad vlterius tempus obligari ab illo, de quo ipse conuenit, ergo eo adueniente, seu elapso agere poterit aduersus suum principalem debitorem, vt soluendo eum liberet, cæteroqui protraheretur eius obligatio vltrà illud tempus, ad quod se obligauerat; Neque obesse potest, si asseratur, quod, cum fideiussio sit in fauorem potissimum creditoris, non possit relaxari, nisi eodem consentiente, adeoque quod, quantumuis conuentum fuerit de certo tempore inter ipsum fideiussorem, & debitorem,

Non potest fideiussor obligari vltra cōuenta.

ad

ad quod non fe reftrinxerit creditor, cum eidem non fuerit expofita conuentio illa temporis reftrictiua, adhuc, nifi effectiua ponatur folutio, vrgeat ius creditoris aduerfus ipfum fideiufforem; Non, inquam, obeffe poteft, nam hic non eft fermo, an debitore principali non foluente tempore conuento inter ipfum, & fideiufforem, de quo tempore non fuit certioratus creditor, extinguatur actio creditoris aduerfus eundem fideiufforem, de quo infrà difputabitur, fed eft folummodò fermo, an facta conuentione inter debitorem, & fideiufforem de obligatione eiufdem fideiuffionis ad certum, & limitatum tempus, & non vltrà, eodem elapfo poffit fideiuffor agere aduerfus eundem debitorem, vt ab obligatione contracta ipfum diffoluat per folutionem debiti, vel per affignationem alterius fideiufforis idonei, vel pignoris proportionati, quod certè eft admittendum.

Inftantia aduerfus affertioné

In fuppofitione autem, de qua mox incidentèr locuti fuimus, an fcilicet facta conuentione inter fideiufforem, & debitorem quoad certum, & determinatum tempus, eo elapfo intelligatur etiam extincta actio eiufdem creditoris aduerfus fideiufforem, fi ipfe creditor non fuerit certioratus de tali determinato tempore, & proindè illi reftrictioni non confenferit. Absolutè negatiuè fentiendum exiftimo, nifi tantum temporis effluxerit, vt ex præfumptione, & interpretatione iuris cenfeatur extincta. Ratio ex eo deducitur, quia fideiuffio datur potiffimum in fauorem creditoris pro fecuritate contractus, vel crediti, & ex genere fuo, quando nihil exprefsè dicitur; intelligitur adiecta principali obligationi; quoufque eadem perfeuerat, cæteroqui elideretur facilè actio creditoris; neque obeft conuentio inter debitorem, & fideiufforem; non obftat, inquam, quia acta inter alios non poffunt præiudicare tertiò habenti ius, vel ex credito, vel ex contractu, nifi ipfe quoque concurrat per confenfum.

2 *Elapfo tempore, de quo creditor non conuenit, nō extinguitur actio ipfius aduerfus fideiufforé.*

Affertio II. In hypothefi, fecundum quam in conuentione non fuerit fideiuffori præfinitum determinatum tempus, poteft fideiuffor agere aduerfus debitorem, vt ipfum liberet ab obligatione fideiufforia, fi longum tempus effluxerit in fideiuffione, *Bartolus in l. Lucius Titius, ff. mandati, Gregorius Lopez in l.14.tit.12.part.5., Antonius Gomez 2.var.c.13.n.10., Molina d.difp.546. verf.primus autem euentus, Ognate dict.tract. 18. difp.53. fect.12. n. 168.*

3 *Poteft agere, fi longum tempus effluxerit*

Exprefsè colligitur *ex d. l. Lucius Titius verf.fin.ff. mandati*, vbi exprefsè fic legitur. *Si diu reus in folutione ceffarit, & ex c.vlt. de fideiuſs.*, non enim congruum eft, vt quis ex beneficio, quod præftitit debitori, perpetuo onere prematur, nec præfumitur, quod voluerit fe obligare in fauorem eiufdem, dum culpabilitèr eft morofus in foluendo.

Hinc difputant Doctores inquirentes, quantum temporis requiratur ad hoc, vt propter moram debitoris in foluendo fideiuffor poffit agere aduerfus eundem ad hoc, vt liberetur ab onere fideiuffionis. Hoc à iure non ftatui, nec definiri docet *Ognate d.tract.18 difp.53. fect.12. num.170.* aduerfus *Moncaluum l.8. tit. 18. lib. 3.* afferentem per iura ftatui, hoc tempus effe vnum annum integrum. Sed *Moncaluus loc. cit.*, non loquitur fecundum difpofitionem iuris communis, fed ad fummum fecundum difpofitionem iuris municipalis Regni Caftellæ, fecundum quod etiam non vrgere afferunt *Gregorius Lopez lib.24. tit.12 part.5., Antonius Gomez 2.var. c.13. num.10., Molina difp.546.verf. primus autem euentus*, cum talis lex non fit vfu recepta, quinimmò contraria confuetudine abolita. Quamobrem DD. quafi pro libito tempus diuerfum affignarunt ad hunc effectum compellendi debitorem, vt fideiufforem liberet ab onere affumpto; alij enim biennium ftatuunt, alij decennium, alij aliud. Congruentius fentiendum exiftimo, hoc tempus taxandum effe arbitrio Iudicis attentis qualitatibus debitoris, & fideiufforis, alijque circunftantijs, prout rectè notarunt *Molina dict. difp.546. verf.primus autem euentus, Ognate loco fupra cit.* conformitèr ad textum *in d. l. Lucius Titius, ff. mandati.*

4 *Quodnā tempus requiratur, vt fideiuffor poffit agere.*

Remittitur arbitrio Iudicis.

Limitanda tamen eft affertio in cafu, quo in celebratione contractus fuerit præfixus terminus, vfque ad quem debitor implere id debuit, quod ftipulatus eft; tunc etenim intra talem terminum fideiuffor non poteft compellere debitorem ad fe deobligandum a tali fideiuffione, quantumuis talis terminus fuerit diutinus, prout rectè notauit *Molina loc. cit. iuxtà textum in d.l.Lucius Titius, ff.mandati*, nec incongrua fanè ratione hoc decernitur, quandoquidem ex eo, quod acceſſerit pro fecuritate contractus, feu debiti in fauorem debitoris, & confenfum præftiterit ad illum terminum, videtur implicitè fe obligaffe ad non recedendum à fideiuffione pro toto illo termino, pro quo fuit ftipulatum. Quod idem exemplificant Doctores in eo, qui in fimili contractu, in quo præfixus eft terminus ad foluendum tradidit pignora, tunc etenim durante tali termino non poteft ipfe pignorator agere contra debitorem, vt pignora liberet.

5 *Nifi fe obligauerit, vfque quo debitor fatisfecerit.*

Nec poteft pignora repetere.

Limitanda eft fecundò in cafu, quo ex qualitate contractus conijceretur fideiuffor

sor voluisse ad longissimum tempus obligari, vt contingeret, quando fideiussor ipse accederet cum hypotheca pro venditore ad eum effectum, quod res vendita non euincatur, *Baldus, Cinus, & Immola in l. si pro ea C. mandati, Iacobus de Aret. Reynerius in dict. l. Lucius Titius, ff. eod., Antonius Gomez 2. var. c. 13. num. 10., Molina d. disp. 546. dict. vers. primus autem euentus*; vndè, quantumuis res vendita nunquam euinceretur, nunquam posset fideiussor cum hypotheca agere aduersus debitorem, vt liberaretur ab onere fideiussionis, & hypothecæ. Ratio autem huius limitationis ea est, quia ipsa natura fideiussionis pro euictione postulat, vt pro quocunque tempore res euincatur, fideiussor ipse teneatur pro tali re, pro qua fuit stipulatus, cum solummodò onus ipsius in effectu incipiat, quando res euincitur; vndè quodamodo stipulatio fideiussoris hoc modo concepta æquiparatur stipulationi in diem, seu sub conditione, in qua per Antonium Gomez, & iura, & rationes per ipsum allegata, seu allegatas non potest fideiussor agere aduersus debitorem, vt ipsum eximat ab onere suscepto, nisi adueniente die, seu purificata conditione.

6 Potest fideiussor agere, si debitor dilapidet bona sua.

Assertio III. Si debitor sua bona dilapidare incæperit, iustè poterit fideiussor agere aduersus debitorem, vt liberetur per solutionem debiti, vel alio modo ab onere fideiussionis *Gregorius Lopez in l. 14. tit. 12. part. 5. in verb. desgustar, Albericus in l. si pro ea, C. mandati, Molina disp 546. vers. tertius, si debitor, Ognate d. tract. 18. disp. 53. sect. 12. num. 178.*

Ratio assertionis, & iura ipsam euincētia

Expressè habetur *in d. l. Lucius Titius, ff. mandati*. Ibi *aut certè bona sua dissipauit*, quod idem reperitur *in l. si pro ea, C. eodem*, non enim congruum videtur, vt fideiussor cernens conditionem suam deteriorem fieri ex eo, quod per illam dilapidationem maiori subijciatur periculo, non possit se ab illo liberare compellendo ipsum debitorem Iudicis officio, vt soluat creditori, vel alio modo idoneo ipsum liberet.

7 Si deponat potest agere vt liberetur, & restituetur depositū.

Assertio IV. Si fideiussor metuens aliquam pænam deponat debitum in loco sacro, vel in alio ad id designato, & obsignet potest agere aduersus principalem debitorem, vt ipsum liberet ab onere fideiussionis, aut sibi soluat, quod loco illius ità obtulit, deposuit, & obsignauit *Antonius Gomez 2. var. c. 13. n. 10, Molina d. disp. 546. vers. quartus, si fideiuss., Ognate d. tract. 18. disp. 53 sect. 12. n. 179.* Hoc potissimum contingeret in casu, quo ipse fideiussor dubius de aliqua pæna sibi imminenti vellet soluere creditori, & hic nolit recipere, vel si fortè hic velit recipere oblatum, cum tamen hic sit minor, & fideiussor timeat de beneficio restitutionis in integrum, eidem nolit erogare, sed in dicto loco reponat.

Iura euincētia assertionē

Hæc omnia habentur *in l. fideiussor, qui minori, ff. de fideiuss., & in l. qui mutuam §. fideiussor, ff. mandati*, vbi sic legitur. *Fideiussor, qui pecuniam in iure obtulit, & propter ætatem eius, qui petebat, obsignauit, ac publicè deposuit confessum agere mandati potest*. Ratio huius assertionis ea esse potest, quia cum ex vno capite congruum non sit, vt ex beneficio, quod præstitit debitori subesse cogatur alicui pænæ, & ex alio capite ipse quod per debitorem erat debitum in cautelam creditoris, & ad exonus eiusdem debitoris deposuerit, & obsignauerit, ex consequenti deducitur, quod, si hæc præstiterit, possit immediatè aduersus debitorem agere ad proprium exonus.

8 Fideiussor diù absfuturus potest agere, vt liberetur.

Assertio V. Si fideiussor longinquam profectionem meditatur, vel ex grauibus inimicitijs abesse cogatur, potest vtique agere aduersus debitorem, vt ipsum ab onere fideiussionis liberet. Ità quoad primam partem *Speculator tit. de iudit. §. speciali vers. quid si fideiuss., Gregorius Lopez l. 14. tit. 12 part. 5. glos. per cinco razones, Ognate loco cit. nu.* 180. Quoad secundam, *Ioannes Andræas in addit. ad specul. loc. cit., & Ognate loc. quo supra*.

Fundatur assertio in cōgrua æquitate, & puritate rationis.

Fateor nullo iure positiuo, & expresso ea, quæ in hac assertione dicuntur, statui, & roborari, sicuti statuuntur, & roborantur ea, quæ dicta fuerunt in præcedentibus assertionibus; nihilominus ex paritate rationis, quinimmò ex fortiori causa hoc asserendum existimo, quandoquidem, sicuti ad remouendam pænam potest compellere debitorem ad soluendum, vel se liberandum, ita ad remouendum obicem, ne profectionem consumet, maximè si hæc fuerit necessaria, potest agere &c., nec æquum videtur, vt cum tanto suo incommodo detineatur, aut res suas obligatas relinquat, &, si ab initio talem profectionem præuidisset, vtique saltem præsumptiuè onus fideiussionis non assumpsisset.

PRÆNOTIO X.

Quinam satisdare teneantur, seu possint.

SVMMARIVM.

Diuites, & præpotentes, siue in contractibus, siue in delictis possunt compelli ad satisdandum. 1.

Præcipuè si fuerint de fuga suspecti. 2.

Intellige attento rigore iuris, cæterum ex equi-

æquitate non esset requirenda cautio fideiussoria. 3.

Creditor aduersus debitorem in diem in omnibus iudicijs bonæ fidei potest agere ex iusta causa ante diem ad debitam cautionem, non sic regularitèr in iudicijs stricti iuris. 4.

Creditor in iudicijs stricti iuris potest ante diem agere ad cautionem, quando debitor constituit hypothecam sub conditione de futuro. 5.

Item in casu legati, & fideicommissi. 6.

Item in casu hæreditatis confusæ cum bonis hæredis, & quomodo. 7.

Persona coniuncta, quæ sit rea debendi cum creditore, non potest ab eo compelli ad dandum fideiussorem idoneum. 8.

Rei debendi ex delicto, vel quasi delicto compelli possunt à Iudice de in iudicio sisti, & de iudicato soluendo, à contrahentibus verò ex contractu ad rem saluam fore, seu contractum celebratum perficiendum. 9.

Fideiussio debet dari creditori, vel habenti causam ab ipso. 10.

Ad constituendum fideiussorem requiritur consensus creditoris. 11.

Acceptato per creditorem fideiussore exhibito non potest ab eodem per pænitentiam resilire. 12.

Pater à filio stipulatur, & fideiussorem accipit, non sic filius stipulatur à Patre, & ab eo accipit fideiussorem. 13.

Excipe tamen, si filius stipulatur à Patre in bonis castrensibus, & quasi castrensibus. 14.

Item quoad bona aduentitia ad conseruationem ipsorum, si Pater inciniat ea dilapidare. 15.

Item si filius fuerit à Patre emancipatus. 16.

Item si Pater transiuit ad secunda vota in ordine ad illa bona, quæ Pater ratione dotis acquisiuit ex primo matrimonio. 17.

Vxor non potest petere fideiussionem à marito pro dote restituenda, benè tamen è contrà. 18.

Nonnullæ exceptiones, secundum quas vxor potest fideiussorem exigere à marito. 19.

Satisdare nihil aliud est, quam dare fideiussorem.

HActenus egimus de ijs, qui possunt accedere obligationibus principalium debitorum, seu eorum, qui primò, & principalitèr tenentur, nunc de ijs, qui ex proprio debito, contractu, seu quasi contractu, delicto, seu quasi delicto, siue alia quacunque causa obligantur fideiussores in securitatem creditorum assignare; satisdare etenim nihil aliud est, quam dare fideiussorem, sicque inquirere quis possit satisdare, est inquirere quis possit dare fideiussorem, inquirere verò quis satisdare cogatur, est inquirere, quis possit per Iudicem, vel alia via compelli ad assignandum fideiussorem *l. 1. ff. qui satisdare cogantur*, *Ognate dict. tract. 18. disp. 52. sect. 5. num. 160.* Ex quibus deducitur, satisdationem esse quasi quandam speciem satisfactionis, cum hæc quinque potissimum modis possit compleri, & perfici, nempe soluendo; promittendo, iurando, pignus dando, & dando fideiussorem; satisdatio verò in rigore, nonnisi hoc vltimo modo perficiatur, & compleatur.

Satisdatio est species satisfactionis.

Sub hoc titulo in ordine ad diuersos respectus, & habitudines multa venient examinanda scitu dignissima, & necessaria, & primò in ordine ad personas, quæ possunt dare fideiussores, vel possunt compelli ad dandum. Secundò in ordine ad personas, à quibus possunt compelli. Tertiò in ordine ad causas, propter quas possunt compelli. Quartò in ordine ad personas, quibus dari possit, & debeat satisdatio.

Articuli examinandi in hac prænotione.

Assertio I. Diuites, & præpotentes, qui bona immobilia possident, vel per con- 1
trahentes in contractibus, seu quasi contractibus, vel per Iudices in delictis, seu quasi delictis compelli possunt ad satisdandum, ità *Heringius de fideiuss. c. 5. n. 12., & sequent.*, aduersus *Bartolum in l. quicunque, C. de fund. pa. lib. 11.*, *Castrensem in l. diuortio, §. interdum, ff. solut. matrim.*, *Alexandrum cons. 37. viso, & opportunè col. 5. in princip. vol. 2.*, *Hyppolitum in rub. de fideiuss. num. 178., & seqq.*, *Ludouicum Azomanum cons. 67. viso themate prænarrato*, *Iasonem in l. 3. in 2. col. C. de verb. signific., & in l. 1. n. 18., & seqq. ff. qui satisd. cog.*, *Socin. in d. l. 1. ff. eod.*, *Decium in l. plus cautionis in fin. ff. de reg. iur.*, *Felinum in c. ad nostram num. 10. de iureiurand.*, *Ioannem Lupum in rub. § 8. num. 1. exit. de donat. inter vir., & vxor.*, *Lucam de Penna in l. 2. num. 3. C. de fund. patri. lib. 11.*, *Castellianum Costam in memor. verb. cautio cum fideiuss.*, *Alciatum in l. satisdationi nu. 3. ff. de verb. signific.*, *Petrum Heigi. in quæst. iur. part. 1. qu. 36. num. 23., & seqq.*, *Hondedeum consult. 30. num. 33. vol. 1.*, aduersus quos egregiè militat *dict. Antonius Herengius de fideiuss. cap. 5. num. 12.*, qui conatur contrariæ sententiæ rationibus, & iuribus respondere.

Etiam diuites habentes immobilia possunt cõpelli ad satisdandum.

Multis rationibus, & iuribus conantur aduersarij impugnare assertionem, & primò *ex l. hæc stipulatio, §. Diuus ff. vt legat., vel fideicom. ser. caus. in posses., & in l. non cogendum, §. Sabinus, ff. de procur.*, vbi dicitur frustratorijs coactionibus non esse vtendũ. Quis autem ambiget superuacuam esse cautionem fideiussionis respectu eius, qui amplis gaudet facultatibus, bonaq; immobilia possidet, quibus caueatur. Sed meritò aduersus hanc rationem in iure fundatam insurgit *d. Heringius loc. cit. nu. 16., & seqq.*, asserens hoc, quod pro ratione adducitur, esse petitionem principij, cum

ftatuat pro fundamento id, quod eft in controuerfia; controuertitur enim, an per amplas facultates, quibus gaudet reus, fufficientèr fit cautum creditori, feu actori. Deindè afferit, allegata iura ftare facultatiuè, non coactiuè, quatenus fit in facultate creditoris, vel Iudicis, non vti fideiufforibus, vel vti, cum poffent rationes militare, ob quas creditores, vel Iudices poffint nolle ftare alijs coactionibus à fideiuffione propter maiorem facilitatem confequendi id, quod eifdem debetur, & maior cautio eft habere debitorem, & fideiufforem fimul obligatos, quantumuis ille fuerit diues, & præpotens, quàm habere folùm debitorem præpotentem, ficque poteft ille, in cuius fauorem fit obligatio, velle folummodò contrahere cum illa maiori cautione, & non alitèr per textum *in l. in re mandata, C. mandati l. nemo exterus, C. de Iudæis, Ioannes Goddæus de contrah. ftipulat. cap. 5. concl. 21. num. 299.* Deindè in plerifque apparet vtilitas cautionis fideiufforiæ etiam refpectu debitoris præpotentis, tum propter faciliorem aditum, tum propter minora incommoda; in ordine ad hoc mos erat Senatus Romani, qui certè potentiffimus erat, fi quam pecuniam mutuam à priuatis acciperet, eifdem cauere affignando prædia, vt refert, *Innocentius Gentiletus lib. 3. conuent. de Regno ad Miniftros theorem. 21.*, quàm confuetudinem feruarunt Reges, & Principes plerique, vt refert, *Heringius de fideiuffor. c. 5. num. 22., & feqq.*

Secũdum aduerfar. argumẽtum. Secundò arguunt aduerfarij *ex l. 1. ff. de cufto. reor.*, vbi cum controuerteretur, an perfona rea in carcerem recipienda fit, an militi tradenda, an fideiufforibus committenda, dictum fuit per Vulpianum id, vel pro criminis grauitate, vel propter honorem, vel ampliffimas facultates arbitrio Iudicis remittendum effe; fed non fubfiftit aduerfus affertionem, quia in arbitrarijs certa regula ftatui non poteft per textum *in l. 4. ff. de legib., & l. neq; natales C. de probat.*, vbi eft fermo quoad delicta, feu quafi delicta.

In arbitrarijs certa regula non poteft ftatui.

Tertium aduerfariorum argumẽtum. Tertiò arguunt *ex l. fciendum in princip. ff. qui fatifd. cog.*, vbi fic legitur, *fciendum eft poffeffores immobilium rerum fatifdare non compelli*. Sed facili negotio eluditur argumentũ ex hoc iure defumptum, quãdoquidem textus reftringitur ad fatifdationem in iudicio fifti per ea, quæ habet *Glofa in hac ead. l. fciendum verb. non compelli, Arnoldus de Reiger in procef. iudic. difp. 4. thefi 49. lit. A. Rodericus Suarez in declar. ll. fori lib. 2. tit. de compar. dinat. §. hac lex fituata eft, Heringius de fideiuf. c. 5. num. 32.*, prærterquam quod multi afferunt, hoc ius correctum effe per textum *in auth. offeratur, C. de lit. conteft.*

Reftringitur ad fatifdationẽ in iudicio fifti.

Quartò arguunt *ex nouella 22. c. 24.*, vndè defumpta eft *auth. cui relictum, C. de indict. viduit. tol.*, vbi dicitur, quod perfona idoneam fubftantiam habens obliget tantum hypothecæ bona fua, fi verò non valdè locuples fuerit, tunc demum dat fideiuffores. Sed facilè eluditur hoc argumentum, quandoquidem textus procedit tantum fecundum ea, quæ exigit regularis confuetudo, fecundum quàm creditores ab habentibus amplas facultates non exigunt fideiuffores, nec congruè videntur exigere, non fecundum ea, quæ contrahens ex propria libertate poteft exigere ad pleniorem fecuritatem, præcipuè, cum, qui modo diues eft, poffit modico tempore fieri pauper ex continua rerum viciffitudine, vt confiderauit, *Aretin. in l. diuortio, §. interdum, ff. folut. matrim.*, vndè creditori intereft plures habere obligatos *l. 3. §. vlt. ff. de liber. legat.*

2 Præcipuè fi fuerint de fuga fufpecti. Hæc, quæ dicta funt, adeò vera funt, vt regularitèr procedant, cæterùm à fortiori militant in debitore de fuga fufpecto per textum *in l. fi fideiuffor, §. fin. ff. qui fatifdare cog., & l. fi creditores, ff. de reb. auct. Iud. pof., Iafon. in l. vinum num. 3. ff. fi cert. pet., Roder. Suarez in l. poft rem iudic. in declar. leg., Regni in 7. limit. nu. 4. in fin. verf. accedat textus, ff. de re iud.*, & quidem in hac hypothefi non folùm tenetur fideiufforem præftare de iudicio fifti, fed etiam de iudicato foluendo per textum *in d. l. fi creditores in principio, ff. de reb. auct. Iud. pof., Afflictus decif. 108., Parifius conf. 99., & fequ. vol. 3., Ioannes Baptifta Cacialupus in tract. de debitore fufpecto qu. 9. princip., Colerus de proceffu execut. part. 2. c. 1. n. 83., & 84.* quidquid ex aduerfo dixerint, *Glofa, Angelus, & Salicetus in l. dies feftos in verb. fideiuf., C. de ferijs, Bartolus in l. ait prætor, §. fi debitorem num. 3. ff. quæ in fraud. credit., Marchifellus Arim. in filua quæft. pract. q. 32. n. 1., & feqq.*, qui tamen fibi parum fidens noftram fententiam in practica fatetur effe magis receptam, nec tutum effe ab eadem in iudicando recedere.

3 Ex æquitate non effet requirenda cautio fideiufforio. Dixi in affertione, *regularitèr loquendo*, non enim negauerim, quod, fi debitor locuples habens amplas facultates præcipuè in rebus immobilibus caueris per hypothecam fuorum bonorum, & per cautionem iuratoriam præter æquitatem, & excedendo limites congruæ cautelæ exegerit cautionem fideiufforiam, cum fatis tutus, quãntum ferunt humana commercia, videatur; ex quo videntur poffe adinuicem conciliari huiufmodi oppofitæ opiniones adeò vt noftra procedat attento rigorofo iure creditoris, qui poteft folummodò velle, ità contrahere, & non alitèr; contraria verò procedat attenta æquitate, fecundùm quam creditor, cum habeat, quo congruentèr tutus reddatur, præter æquitatem, & fuprà congruam cautelam videtur exigere fideiuffores. Deindè etiam

attento

attento rigore iuris in aliquibus casibus non possunt compelli debitores habētes amplas facultates ad præbendam cautionem fideiussoriam, & præcipuè, si petant ex interuallo, vt si v. gr. hodiè contraxerint fine vllo onere fideiussionis, & post mensem creditor exigat à debitore fideiussorem; non enim fideiussio potest contrahi sine voluntate mutua contrahentium, & in ipso contractu, eoque perfecto sine vllo onere, non potest adigi alter contrahens ad aliquod onus non iniunctum in celebratione eiusdem per ea, quæ commendat *Ognate tract. 18. disp. 52. de fideiufs. sect. 6. num. 169* per textum *in l. si arbitrio, ff. qui satisdare cogantur.* Excipe tamen casum, quo post perfectè completum contractum, ex quo quis resultat debitor sine fideiussione, idem debitor vergeret in decoctionem, tunc enim creditor posset petere fideiussorem, & ad id cogere debitorem *l. si ab arbitrio, ff. qui satisd. cog.*, quæ enim de nouo emergunt, nouo indigent auxilio *l. de ætate ff. de interrog. act., & l. si is à quo ff. vt in possess. leg.* Quod, si supponas debitorem præcipuè si sit in diem, tempore obligationis contractæ iam suspectum fuisse de fuga, vel de decoctione, tunc non improbabile arbitratur *Bouerius singul. 11. num. 3.* hunc non posse cogi ad præstandam cautionem fideiussoriam, etiam ex interuallo, quia creditor debuit sibi præcauere, & quod non cauerit, sibi imputare *l. si creditores, §. planè vers. cæterum, & ibi Bartolus, ff. de reb. auct. iud. pos.*

4 Assertio II. Contrà debitorem in diem in omnibus bonæ fidei iudicijs, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venerit, creditor agere potest ad cautionem, non sic regularitèr in strictis iudicijs. Ità quoad primam partem *Emil. Papinianus in l. in omnibus, ff. de iudicijs, Sabinus in l. si venditor, §. vltim. ff. de seru. export., Herengius de fideiufs. c. 5. n. 60., Cuiac. lib. 3. obseru. c. 17.* Quoad secundam omnes præcitati DD. aduersus *Petrum Pecchium in tract. de iur. sist. cap. 4. num. 6., Bartolum in l. 2. vers. 3. nota ex glos. ff. solut. matrim.*, vndè *Lucas Pennensis in l. 2. num. 6. C. in quib. caus. col. cens. don. accus. pos. l. 11.* asserit laceratum fuisse quemdam libellum cuiusdam Aduocati magnæ auctoritatis, qui intentabat actionem ex stipulatu petendo reum condemnari, & cogi ad futuras præstationes, & vt de hoc idonee caueat.

Ante diē creditor agit ad cautionē in iudicijs bonæ fidei ex iusta causa, non sit in iudicijs strictis iuris.

Prima pars expresse deducitur *ex d. l. in omnibus, ff. de iudic.*, vbi sic legitur. *In omnibus bonæ fidei iudicijs, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.* Dicitur, *ex iusta causa*, si enim debitor in diem incipiat facultatibus labi, multoq; ære alieno grauari, sicque suspectus reddatur, potest creditor agere ad interponendam cautionem, ne adueniente die impar sit debitor ad soluendum, & creditor ex impotentia, seu fraude illius suo iure destituatur *Romanus sing. 646. num. 1., Caccialupus de debitore suspect. qu. 3. num. 2., Afflictus decis. 279 num. 4., Zasius in l. pecuniam num. 28. ff. si cert. pet., Franciscus Bursatus cons. 84 num. 3 vol. 1.* Aduerte tamen, quod creditor intentans cautionem ob præcitatas causas debeat priùs probare huiusmodi causas *Mollerus in comment. ad constit. Saxonicas part. 1. constit. 29. nu. 10., & seqq., Colerus de præcept. execut. part. 1. c. 2. nu. 10., Barnabas Cornazanus decis. Luc. 59. num. 4.*

Huiusmodi causæ sunt probandæ.

Secunda pars deducitur in primis directè ex *l. quoties, §. si semel ff. de pecul.*, quem textum explicans *Castrensis cons. 49.* asserit intelligendum esse de actione stricta de pecul. Deindè arg. *ex d. l. in omnibus, ff. de iudic.* vbi, cum fiat restrictio in iudicijs bonæ fidei, intelligitur exclusio quoad iudicia stricti iuris, cum exceptio in vno genere firmet regulam quoad non excepta, quinimmò quodamodò quoad opposita per ea, quæ notat *Herengius de fideiufs. c. 5. n. 58.*, & commendat *Lucas Pennensis in d. l. 1. n. 6. C. in quib. caus. col. cen. dom. accus. pos. lib. 11.*

Si autem inquiras, cur in iudicijs bonæ fidei creditor agere possit ante diem ad interponendam cautionem, non sic in iudicijs stricti iuris, hoc ex eo prouenire arbitror, quia in iudicijs stricti iuris, cum strictissima facienda sit interpretatio, standum est in omnibus verbis obligationis, nec magis reus obligandus, ac dies ipsa apposita postulet, & in ijs Iudex nequit interpretari per ea, quæ alibi diximus, secus autem in iudicijs bonæ fidei, in quibus admittitur interpretatio, & ex causa etiam extensio.

Dixi, *regularitèr*, quandoquidem in aliquibus casibus etiam in iudicijs stricti iuris videtur posse peti cautio, & primò in casu, quo quis, cum sit debitor de præsenti, constitueret in fauorem creditoris hypothecam sub conditione de futuro; quam uis enim hic, & nunc non possit agere hypothecaria aduersus debitorem, cum hypothecata non incipiat, nisi à die purificatæ conditionis, nihilominus potest agere ante conditionem ad cautionem interponendum, atque hic est casus singularis *in l. grege, §. penult. ff. de pignor.*, & hoc propter eam rationem, quia debitum est de præsenti, vt notauit *Herengius de fideius. d. c. 5. n. 69.* 5

Casus primus, in quo creditor in iudicijs stricti iuris potest agere ad cautionē.

Secundò in casu legati, seu fideicommissi, quorum actiones, quantumuis sint stricti iuris, habent hoc, vt exigere possint cautionem legati, seu fideicommissi nomine relicti, hocq; expresse habetur *in tot. tit. ff. vt leg., vel fideic. no. cau.*, quæ cautio, vt 6

Item in casu legati, & fideicommissi

notat *Herengius loc. cit. n. 71.* est prætoria, quia ex edicto prætoris interponitur.

7 Tertiò in casu, qui habetur *in l. creditoribus, ff. de separat.*, vbi creditor in diem, vel sub conditione potest ante diem agere ad cautionem. Erat ibi sermo de hæreditate confusa cum bonis hæredis post eandem aditam, sicque quodamodo etiam creditores hæredis, ac defuncti erant confusi, cum hæres teneretur omnibus respondere. Quo in casu controuersum fuit, an creditores testatoris defuncti essent admittendi ad postulandam separationem bonorum eiusdem defuncti in bonis hæredis, precipuè, cum ipsi essent creditores in diem, & nondum cesserit dies, vbi Papinianus statuit, eisdem etiam separationem dandam esse, & communi cautione consulendum.

Item in casu hæreditatis confusæ, & quomodo.

8 Assertio III. Persona coniuncta, quæ sit rea debendi cum creditore, non potest ab eo compelli ad dandum fideiussorem idoneum. *Ognate d. tract. 18. disp. 52. sect. 6. num. 167., Glosa, & Bartolus in l. fideiussor 2. §. prætor ait ff. qui satisd. cog.*

Persona coniuncta non compellitur ad dandum fideiussorem.

Exprefsè habetur *in d. l. fideiussor, §. prætor ait*, vbi sic legitur, *si quis parentem, patronum, liberos, aut parentes patroni, patronaue, liberosue suos, eumque quem in potestate habebit, vel vxorem, vel nurum in iudicium vocabit, qualiscunque fideiussor iudicio sistendi causa, accipiatur*. Rursus inferiùs. *Qualiscunque fideiussor accipiatur, hoc quantum ad facultates, idest etiam non locuples*. Hæc assertio, & ius, in quo fundatur, habet vim in quadam naturali æquitate, secundum quam non videtur ita rigorosè procedendum aduersus coniunctos, ac aduersus alias personas extraneas.

9 Assertio IV. A Iudice compelli possunt rei debendi, vel ex delicto, seu quasi delicto de in iudicio sisti, & de iudicato soluendo, à contrahentibus verò ad rem saluam fore, seu contractum celebratum perficiendum. Ità exprefsè Ognate quoad vtramque partem, nec quoad primam indiget probatione, sed tantum explicatione. Sisti in iudicio nihil aliud importat, quam quod reus sub fideiussione obligetur ad comparendum in iudicio, & in eo perseuerandum vsque ad definitiuam sententiam. Iudicatum verò solui nihil aliud est, quam reum per fideiussionem obligari ad soluendum id, quod per sententiam aduersus ipsum fuerit iudicatum, adeout, si in bonis eiusdem rei non fuerint tot bona, quot sufficiant ad executionem sententiæ aduersum ipsum latæ, possit aduersus fideiussorem eadem executio dirigi pro complemento. Rem verò saluam fore nihil aliud est, quam quod ipse debitor obligetur ad seruandum integrè contractum, quem iniuit, vel soluendum integrè debitum, quod contraxit, vel integram manutenendam rem, quam obligauit, adeout, si in promissis, seu conuentis defecerit, possit creditor aduersus fideiussorem dirigere actionem. Vlteriùs non immoror; quia hæc ex ipsis terminis innotescunt.

Explicatur, quid sit in iudicio sisti quid iudicatum solui, quid rem saluam fore.

Ex ijs, quæ hactenus dicta sunt, inferre licet id, quod tertio loco examinandum propositum est, ob quas scilicet causas compelli possint debitores, seu rei debendi ad satisdandum, inferendum scilicet est primò, obligari ex contractu, vel quasi contractu, ex quo debitor euadit, ex delicto, seu quasi delicto, & in similibus.

Assertio V. Fideiussio ex genere suo principalitèr dari debet creditori, de qua re nullus dubitat, vel habenti causam aduersus reum debendi; trium enim personarum ratio habetur in hoc contractu, eius nimirùm, qui fideiubet, creditoris, apud quem fideiubetur, & debitoris, pro quo fideiubetur, vt notat *Duarenus ad l. 1. C. de fideius. n. 2.* ex quo resultat fideiussionem ipsam cedere in fauorem creditoris, seu habentis ius ex aliquo titulo in bonis debitoris. Hæc adeò vera sunt, vt vlteriori non indigeant discussione. 10

10 Fideiussio datur creditori vel habenti causam ab ipso.

Hic solummodò aliqua remanent circà hoc examinanda, quæ currenti calamo expendo. Primùm est, an ad constituendum fideiussorem requiratur creditoris consensus. Secundum ex suppositione, quod requiratur huiusmodi consensus, an, si creditor promiserit, se mihi daturum suas merces expectata pecunia sub hac conditione, si ego ei dedero in fideiussorem Sempronium, an, inquam, possit postea creditor pænitere, & nolle ampliùs in Sempronij fideiussionem consentire. Tertium, an cuicumq; creditori danda sit fideiussio, an verò debitor erga aliquem, & quemnam eximatur ab onere fideiussionis præstandæ.

Nónullæ rationes dubitádi.

Ad primum assero absolutè, requiri creditoris consensum ad constituendam fideiussionem in determinata persona; non enim creditor compellitur alios fideiussores accipere, quam quos ipse elegerit, vel Iudex comprobarit, in quo casu, si non præstat consensum explicitum, implicitè tamen consentit, quia se conformare debet Iudicis arbitrio cognita causa *l. si rem §. omnis, ff. de pignor. action. l. item liberator §. 1. ff. quib. mod. pign., vel hypoth. sol.*, quod etiam euinci potest *ex l. duos reos, §. 1. ff. de duobus reis*, vbi dicitur, quod duobus reis debendi existentibus liberum sit creditori, vel ab vtroque, vel ab altero tantum exigere fideiussorem; ex eo autem, quod sit liberum creditori, manifestè deducitur, requiri eiusdem consensum *arg. l. liberum, C. de fideiuss.*, ex quo infertur, quod fideiussio facta in fauorem absentis, & non acceptantis nó teneat *Decius consil. 126. n. 6.* 11

11 Non cópellitur creditor accipere fideiussores à se non volitos.

n.6., & seqq.; Castrensis cons.195.visis col.5. lib.2., Leonius cons.72. n.1., & seqq.

Ad secundam facta promissione, neque acceptata, maximè si intercesserit stipulatio, probabiliùs est, creditorem non posse per pænitentiam resilire *Heringius de fideiuss. c.6. nu.13.* Ratio ex eo desumi potest, quia in contractibus nominatis per stipulationem præcipuè initis, si fuerint ex illis, qui solo consensu perficiuntur, quotiescunque vni parti interest, quod non dissoluantur, non licet alteri parti sine ipsius consensu recedere ab eisdem per textum *in l. commodato, §.sicut, ff. commodati l.sicut initio, C.de obligat. l.si mandauero §.vltim.ff. mandati*, hoc etenim cederet in iniuriam maximam non consentientis recessui, aduersus quem propterea non licet resilire, pręcipuè cum contractus habeat annexam conditionem per alterum contrahentem adimpletam *l. vero procuratori, §.penult.ff. de solut.*, vndè, cum talis conditio fuerit adimpleta, non videtur quodamodò res amplius integra, seu saltem posita pars quædam præparatoria extrinseca, quæ efficit non posse mutari consilium *l.in causa ff. de procurat.* Neque obesse potest textus *in l. qui pecuniam, ff. si cert. petatur*, vbi antecedentèr ad traditionem, seu numerationem videtur permitti alteri ex contrahentibus recessus à contractu; Non, inquam, obesse potest, quia in illo textu erat sermo de contractu mutui, quod non perficitur, nisi traditione, seu actuali numeratione per ea, quæ nos alibi docuimus, & habet *Scæuola in l.6.ff. ad Maced.*, & traditur *in l.3.C.de contrah.stipulat., & in l.2.C.de nouat.* hic autem est sermo de venditione, quæ solo consensu perficitur, adeoque &c.

12 Fideiussor semel acceptatus non potest repelli.

Ad tertiam assero, in multis creditorem non posse à reo debendi exigere fideiussores; & primò, quantumuis pater à filio stipuletur, & fideiussorem rectè accipiat per textum *in l.si quis pro eo §.1. l. si à reo, §.adeo ff. de fideiuss.* non tamen filius validè regularitèr stipulatur a patre, & ab eodem efficacitèr accipit fideiussorem per textum *in dict.l.si quis pro eo,§.1.ff. de fideiuss. §.iam inutilis inst. de inutil.stipul.*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem, quidquid filius à patre stipulatur, id totum eidem patri acquirit *l.quod dicitur,ff. de verb.obligat.*, & sic, si filius acciperet fideiussorem à patre, fideiussor accederet patri pro patre, quod est ridiculum *l. qui hominem, §. quidam, ff. de solut.* Dixi, *regularitèr*, non enim negauerim in multis filium stipulantem à patre, posse legitimè, & efficacitèr fideiussorem accipere, & primò, si cum eodem contrahat quoad bona castrensia, seu quasi castrensia, quia in ijs filius familias reputatur pro patre familias *l.6.§.vlt.ff.de iniusto sup., & irrit. l.2.ff. ad Macedon.*, & quoad ea est sui iuris, & de illis potest pro libertate disponere. Secundò quoad bona aduentitia in ordine ad conseruationem ipsorum potest filius exigere à patre fideiussorem, non quidem absolutè, sed dumtaxat in euentum, in quem idem pater talia bona inciperet dilapidare, & administrationem illorum nollet dimittere per ea, quæ habet *Socinus cons.34. num.13., & seqq. vol.1., Surdus decis.279.n.5., Natta cons.543.num.26.* non etenim est, quod iura sine debita cautione permittant in præiudicium filiorum illorum bonorum dilapidationem, quorum proprietas ad eosdem filios pertinet. Tertiò si filius fuerit à patre emancipatus, tunc etenim, quod filius acquirit, non patri, sed sibi acquirit, & cum eodem patre potest contrahere per ea, quæ habet *Heringius de fideiuss.c.6. nu. 84.*, quamuis propter reuerentiam paternam in his, & similibus casibus congruat huiusmodi cautiones fideiussorias remittere, cum sibi sufficientèr filius possit consulere per hypothecam in bonis paternis. Quartò potest filius à patre fideiussorem exigere, si transeat ad secunda vota in ordine ad illa bona, quæ pater ratione dotis acquisiuit ex primo matrimonio per textum *in l.iubemus §. in supradictis, C.ad Senat.Cons.Trebel. Cuiacius in nouel.22. vers. 8. pœna*, & quidem hoc iuri naturali congruit, ne pater ex nimio affectu in secundam coniugem, & filios ex secundo matrimonio bona primi matrimonij dilapidet in præiudicium aliorum filiorum.

13 Pater accipit fideiussorè à filio, nó è contrà.

14 Benè tàm in bonis castrensibus, & quasi.

15 Item in bonis aduentitijs, & quãdo

16 Item si sit emancipatus à Patre.

17 Item si Pater transeat ad secunda vota, & in ordine ad quænam bona.

Secundò, quantumuis maritus possit ab vxore, vel à patre vxoris exigere fideiussores pro dote sibi promissa tradenda, non tamen regularitèr vxor potest fideiussorem a marito exigere pro eadem restituenda per textum *in l. 1., & 2. C. ne fideiuss. vel mand. dot. dentur, Ioannes Godæus de contrahen.stipul. cap.6. concl.23.n.360., & 36., Franc. Hottoman. in tract. de dotibus pag. 106.*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem videretur vxor potius habere fidem fideiussori, quam marito, & potius fidere fidei alienæ, quam fidei, & amicitiæ communi iuxtà textum *in l.1. C. de fideiuss. dotium*, &, si vxor sine vllo fideiussore corpus, & se ipsam credit marito, absurdum est, vt dotem etiam, & res suas non credat *Glos.in l.2.C. de adoptionibus*, & per exactionem fideiussoris gigneretur inter coniuges causa perfidiæ, & dissidiorum, potissimum cum ex superiùs dictis vxor cauta supponatur per tacitam hypothecam inductam in bonis mariti ex dispositione iuris; neque obstare potest, si asseratur, quod maritus obligari possit ad pignora pro restituenda dote per textum *in l. quod autem, §. si vxor à marito, ff. de donat. inter virum, & vxorem l. vir vxori,*

18 Vxor nó potest petere fideiussorē à marito pro dote.

§.si

§. si mulier, ff. ad Sen. Conf. Velleian., & *in l. Callipodius, ff. de solut.*, nomine autem pignorum hic intelligo hypothecam, ergo etiam pro eadem restituenda obligari poterit ad præstandos fideiussores, cum videantur esse paria, fideiussores, vel pignora accipere; Non, inquam, obstare potest, quia quoad hypothecam nulla oritur causa perfidiæ inter maritum, & vxorem, cum bona hypothecata remaneant in plena possessione penès maritum, res autem aliter se habet in præstatione fideiussoris, vt asserit *Baldus Nouell. in tract. dotis part. 6. priuil. 21. n. 10.* Sed non libenter acquiescerem huic rationi sub his terminis præcisè, & nudè sumptæ, quandoquidem dato etiā fideiussore bona mariti remanent adhuc sub plena potestate eiusdem, & magis est, quod sint obligata sub hypotheca, quàm quod sint obligata sub fideiussione. Deinde, si quid euinceret hæc ratio quoad hypothecam, nihil tamen euinceret quoad pignora, quandoquidem ea pignora transeunt à manibus mariti ad manus vxoris. Quod, si asserat *Baldus Nouellus*, nec etiam pignora dari posse vxori a marito pro dote conformitèr ad textum *in l. 2. C. ne fideius. dot. dentur*, habebit aduersum se omnia iura superiùs allegata, quæ loquuntur de pignoribus Quamobrem ad alias disparitates me confero. Prima est, quia maior videtur iniuria marito ingeri per fideiussionem, ac per pignora per textum *in l. testamento in fin. ff. de testam. tut.*, quandoquidem debitor per fideiussorem illi constituitur ratione mandati quasi seruus, non sic per pignoris traditionem, vt per se patet. Secunda, quia minus contumeliosa est marito pignoris traditio, quam fideiussio, quia illa, cum fiat sine arbitris, non patet cæteris ciuibus, ista verò non potest ità fieri, quin palam fiat, quod certè in contumeliam mariti cedit, & ingerit in matrimonio causam perfidiæ. Tertia, quia facilius est sine ignominia dare pignora, quam fideiussores assignare *l. 2. §. si dubitetur, ff. de donat. inter vir. & vxor.*, *Ioannes de Immola in l. 2. §. quod si in patris, ff. sol. matrim.* Quarta, quia per exactionem pignoris magis fit conformatio iuri communi, quam per exactionem fideiussionis, quandoquidem per ius commune inducitur quasi quædam pignoris species, quæ consistit in hypotheca generali inducta in bonis mariti, qui dotem ab vxore recepit.

Cuius ratio ad hominē reijcitur.

Aliæ rationes disparitatis.

19 Excipiūtur nonnulli casus, in quibus vxor potest petere fideiussorem à marito.

Dixi, *regularitèr*, quia multi extant casus, in quibus maritus potest obligari ad fideiussionem præstandam pro dotis restitutione. Primus est post resolutum contractum matrimonij *Bartolus in l. si constante, §. quoties, ff. solut. matrim.*, nec incongrua sanè ratione, quia tunc cessat causa finalis perfidiæ inter coniuges. Secundus est, quando ipsemet maritus spontè offerret fideiussorem, tunc etenim hic licitè accedit *arg. l. cum mulier, ff. solut. matrim.*, non enim lex fauet illi, qui se ipsum posuit in necessitatem *l. Imperatores in verb. te huic pœnæ subdidisti, ff. de iure fisci*, *Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 190. n. 23.* maritus enim obligatur ciuilitèr, & naturalitèr ad dotem restituendam, cuicunque autem obligationi ciuili, & naturali accedere potest fideiussio, si non necessaria, saltem voluntaria; nec obesse potest, si asseratur ex dispositione iuris prohiberi maritum pro dotis restitutione obligari ad huiusmodi cautionem præstandam; iuri autem prohibitorio pænali, ne quidem à volente renuntiari potest *Glosa in l. à Diuo Pio verb. actionem, ff. de rit. nupt.*, non, inquam, obesse potest, quia iura prohibentia satisdationem respectu mariti respiciunt obligationem coactam, non voluntariam, cum hæc in nullius sit detrimentum, cum ex genere suo maritus dissoluto matrimonio teneatur dotem restituere. Multis conatur hunc casum eludere *Heringius dict. cap. 6. à n. 162. vsque ad 183.*, quæ tamen modici roboris sunt, & potius spectant ad fideiussionem necessariam, quam ad voluntariam, & spontaneam. Tertius est, quando maritus constante matrimonio vergit in inopiam *Iason in l. si constante, §. quoties ff. solut. matrim.*, *Speculator in tit. de dote post diuort. restitut. §. fin.*, *Angelus in auth. de æqualit. dot. §. illud*, *Baldus Nouellus de dot. priuil. 21. num. 6.*, *Panormitanus in cap. per vestras num. 13. de donat. inter vir. & vxor.*, postulat enim æquitas, vt dos, quæ præ cæteris est obligata, & priuilegiata non subiaceat proximo periculo amissionis. Plures alios casus, in quibus maritus potest compelli ad præstandam fideiussionem numerat *Heringius d. cap. 6.* quem tu consule.

Post resolutum contractum matrimoniū

Quando maritus spontè offert.

Quando maritus vergit ad inopiam.

PRÆNOTIO XI.

De actionibus, & obligationibus, quæ consurgunt ex contractu fideiussionis.

SVMMARIVM.

Fideiussori, eiusque hæredibus ex vi contractus competit actio mandati contraria ad repetendum id, quod est solutum, vel ad consequendam liberationem. 1.

Regularitèr hæc actio non competit fideiussori, nisi post solutionem. 2.

Item eidem competit actio cedendarum aduersus

fas creditorem, & actio iniuriarum, si fuerit idoneus, & à creditore reiectus, item actio aduersus alios fideiussores ad exigendam ab ijs virilem. 3.
Fideiussor pro debitore obligatur ad soluendum id, quod pro eodem promisit, non plus. 4.
Creditori tum aduersus principalem debitorem, tum aduersus fideiussores competit duplex actio, altera certi condictio, si certa sit stipulatio, altera ex stipulatu, si incertum petatur. 5.
Aliæ actiones competentes creditori enumerantur. 6.
Si creditor habuerit simul pignora, & fideiussores, & in pignoribus fuerit deceptus, non potest pignoratitia contraria agere aduersus fideiussores. 7.
Si fideiussor non solum se obligauerit pro debito, sed etiam pro pignore, & ex eodem vendito non tantum exactum fuerit, quantum debitum exigebat, non potest conueniri actione pignoratitia contraria, sed certi condictione, vel actione ex stipulatu. 8.
Obligationes, quibus afficitur creditor. 9.
Exceptiones debitoris aduersus creditorem. 10.
Obligationes debitoris, tam aduersus creditorem, quam versus fideiussores. 11.

EX prædictis tres potissimum personæ interueniunt in contractu fideiussionis, vt notauit *Franciscus Duarenus ad tit. C. de fideiussoribus c. 2.* ille scilicet, qui fideiubet, ille, pro quo fideiubet, & ille, apud quem fideiubet. In ordine ad has tres personas potissimum procedit titulus, de quibus singillatim inquiretur, quasnam actiones habeant ex hoc contractu, quasque obligationes subeant. Primò erit sermo de actionibus, & obligationibus fideiussoris. Secundò de illis debitoris. Tertiò de illis creditoris.

1 Actio mandati contraria competēs fideiussori, eiusq; hæredi.

Assertio I. Fideiussori, eiusque hæredi ex vi contractus competit actio mandati contraria ad repetendum id, quod est solutum, vel pro consequenda liberatione, indemnitate, & interesse *Robertus Marant. cons. 39. n. 13., Felicianus de Solis in tract. de censibus lib. 3. c. 3. num. 9., Ioannes Zanzer in tract. de except. part. 3. c. vlt. n. 60.*

Expresse colligitur *ex l. ex mandati, ff. mandati, & l. 4. in princip. ff. de fideiussor.* Ratio autem ex eo deducitur, quod fideiubendo, & soluendo præ alio non gerit negotium proprium, sed alienum per textum *in l. 2. §. in ea tantum in fin. ff. mandati*, agenti autem alterius negotium non quidem liberè; quo in casu competeret tantum actio negotiorum gestorum, sed ex vi obligationis, quam contraxit in fideiussione præstita, competit actio mandati contraria ex allegatis iuribus *Ioan. Meichsner lib. 1. decis. 2. nu. 15., & seqq., Ruger Roland. de commiss., & commission. part. 3. lib. 7. cap. 5. num. 3., Megonius decis. Lucensi 28. num. 26.*

2 Regulariter hæc actio nō competit fideiussori, nisi post solutionem.

Regularitèr hæc actio non competit fideiussori, nisi post solutionem ab eodem positam pro ipso debitore per textum *in l. 6. l. si pro ea, C. mandati l. 1. in verb. si pecuniam soluerit, C. de fideiuss. min., Horatius Carpanus ad Stat. Mediol. part. 1. cap 413. num. 43.* Dixi, *regularitèr*, quandoquidem extant multi casus, in quibus antecedentèr ad solutionem potest fideiussor agere aduersus debitorem pro liberatione, indemnitate, & interesse, de quibus vide ea, quæ latè egimus *sub hoc eodem tit. Contractus XII. de fideiuss. Prænot. 9. per totum*.

3 Aliæ actiones fideiussoris, tā aduersus creditorē, quam alios fideiussores.

Assertio II. Fideiussori etiam competit actio cedendarum aduersus creditorem, quando pro debitore integrè persoluit, & etiam aduersus alios confideiussores ad repetendum ab ijs id, quod suprà virilem persoluit. Item aduersus creditorem, seu actorem actio iniuriarum, si ipse fideiussor fuerit idoneus, & à creditore non fuerit acceptus. Quoad primam partem recole ea, quæ dicta sunt *sub hoc eodem tit. Contractus XII. Prænot. 6. assert. 3.* Quoad secundam partem recole ea, quæ ibi dicta sunt *Prænot. 4. per totum*. Quoad tertiam partem expressè habetur *in l. 1. §. qui pro rei ff. qui satisd. cog.* hancque expressè sustinent *Ioseph Ludouic. decis. Lucensi 4. num. 36., & seqq., Arnald. ab Haersolte in aduer. Hi. part. 1. act. 10. num. 6.*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem manifesta iniuria eidem inuritur, dum tanquam non idoneus reijcitur, cum talis non sit. Nec solum aduersus actorem reijcientem habet legitimè hanc actionem iniuriarum, sed etiam aduersus Iudicem ipsum propter eandem rationem ex capite Sindicatus *Cirillus Fulgeon. in Summ. Crim. rub. 13. de fideiuss. §. 2. n. 7.*

4 Soluere debet id, quod pro debitore promisit.

Assertio III. Fideiussor pro debitore in fauorem creditoris obligatur ad soluendum id, quod pro debitore promisit, non tamen ad plus. Hæc assertio quoad obligationem præcisè non indiget probatione, quandoquidem ad hoc accessit consensus ipsiusmet fideiussoris, & acceptatio creditoris; ex mutuis autem consensibus consurgunt obligationes. Quod autem non obligetur in plus, expressè colligitur ex ijs, quæ fusè egimus *sub hoc eodem tit. Contractus XII. Prænot. 3. per totum*. Solum hic remanet soluendum argumentum, quod desumitur *ab Angelo in l., & si post tres dies ff. si quis cautionibus, Glosa in l. sicut reus, ff. de fideiuss., Bartolo in l. hi, qui accessionis, ff.*

ff. eodem, *Carpano ad Statut. Mediol.part.1. cap.45.n. 18.*, qui asserunt, fideiussorem de iniudicio sisti obligari ad pænam, ad quam non obligatur principalis; sed facile huic occurrimus, si asseramus iuxta ea, quæ diximus *sub hoc eodem tit. d. Pranot.3. ad assert. 2. vers. dices*, fideiussorem non obligari ad hoc ex vi præcisè contractus fideiussionis, sed quodammodò ex delicto, vel quasi delicto, quod commisit non exequendo ea, ad quæ in contractu se obligauit. Dici etiam potest cum *Heringio de fideiuss. c.24. n. 46.*, quod ad plus se non obligauerit fideiussor, ac principalis obligetur, nempè ad factum sistendi, quod quia postea fortè præstari nequit, succedit verum interesse loco rei, *l. 2. §. vltim. cum l.seq. si qui satisd. cog.*

5 Duplex actio cōpetens creditori — Aduerte hic tamen, quod, quamuis fideiussor non possit in plus obligari, ac obligetur principalis, possit tamen obligari in omne id, ad quod idem principalis obligetur, nempè, & ad id, quod ex præcedenti numeratione oriri potest, *l. si pro eo, §. si nummos, ff. de fideiuss.*, & ad id, quod tempore fideiussionis erat in obligatione *l. fideiussores, §. 1. ff. de fideiuss.*, siue ad id, quod consequetur ex natura eiusdem.

Assertio IV. Creditori, tum aduersus principalem reum debendi, tum aduersus fideiussorem competit potissimum duplex actio, altera certi condictio, si certa sit stipulatio, & certum petatur, altera actio ex stipulatu, si incertum petatur *Franciscus Iametius in comment. ad tit. ff. de fideiuss. in princip.*, *Antonius Faber lib. 2. conieƈt. cap.12.*, *Nicolaus Mozzius de contract. tit. de stipul. c. quæ actio oriatur ex stipulatu*, *Heringius de fideiuss. c.21. n.2.*

Expressè quoad primam partem habetur *in l. stipulat. ff. de verb. obligat.*, *& l.certi condictio ff. si certum petatur*, huiusmodi enim actiones oriuntur ex verborum obligationibus, *l. si quis certum ff. si cert. pet.*, *Instit. de verbo obligat. in princip.* Quoad secundam verò habetur *in l. vbi autem non apparet ff. de verb. obligat.*, *& dict. l. si quis certum ff. si cert. pet. l. mora ff. de verb. oblig.*, *l. stychum, §. de peculio ff. de solut.*

Hæ præcipuè sunt actiones, quæ ex contractu fideiussionis competunt creditori

6 Actio ex dolo, si fideiussor dolosè egerit. — aduersus fideiussores. Cæterum non negauerim alias minùs principales iuxtà diuersas facti contingentias eidem competere posse; & primò actio de dolo ad tradita per Goddæum *de contrah. stipulatione c. 8. concl. 1. num. 28.*, si fideiussor dolosè se gesserit, & non tantùm ad id, quod interest *ex l. doli, ff. de verb. obligat.*, sed vt etiam res, seu actio restituatur. Secundò actio de fide mentita, quæ admitteretur in casu, quo quis constantissimè etiam adhibito iuramento per animæ suæ salutem promiserit, se velle fideiubere, & postea id renuit præstare *Specul. in tit. de sponsal. §. restat videre*. *Guido Papa sing. 449. in princip.* Tertiò actio de residuo per textum *in l. pignoribus*, *C. de fideiuss. l. qui mutuam in princip. ff. mandati*. Plures alias actiones competentes creditori aduersus principalem reum debendi, & contra fideiussores enumerat *Heringius d. c. 21. per totum*, quem absolutè tu consule.

7 Deficientibus pignoribus nō potest pignoratitia contraria agere cōtra fideiussores. — Hic solum examinanda est difficultas, an, si in fauorem creditoris accesserint non solum fideiussores, sed etiam pignora, & creditor in pignoribus fuerit deceptus, possit pignoratitia actione contraria agere aduersus fideiussorem. *Paulus in l. si in pignore, ff. de fideiussoribus*, habet hæc verba. *Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fideiussorem pro mutuo accepit, agit contraria pignoraritia actione, in quam actionem veniet, quod interest creditoris. Sed ea actio fideiussorem onerare non poterit, non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua suam fidem obligauit*, ex quibus clarè liquet, fideiussorem in ea hypothesi actione pignoratitia contraria non obligari. Quod, si dicatur *ex l. amissi in princip. ff. de fideiuss.*, quod damnum eiusdem pignoris spectet, tam ad fideiussorem, quam ad principalem reum debendi, hoc intelligendum est in eo sensu, quo certè spectat ad fideiussorem, quatenus amisso pignore in totum obligatur, quo non amisso fortè non fuisse obligatus, nec conuentus quoad totum debitum, sed dumtaxat ad id, quod ex pignore refici non potuisset creditori. Maius dubium esse potest in hypothesi, in qua ipse

8 Ageret creditor actione certi cōdictione, vel ex stipulatu. — fideiussor non solum fidem suam obligauerit pro debito, sed etiam pro pignore, seu pro eo, quod minus ex eo vendito redig potest, an in eo casu possit creditor pignoratitia actione contraria agere aduersus fideiussorem. Sentio etiam in hac hypothesi, habere tantum aduersus ipsum, vel certi condictionem, vel actionem ex stipulatione *Heringius de fideiuss. cap. 21. num. 22.*, quia fideiussor personalem dumtaxat actionem obligauit pro pignore, eo modo, quo obligauit pro principali debito.

9 Obligationes, quibus afficitur creditor. — Assertio V. Creditor ex contractu fideiussionis nonnullas etiam contrahit obligationes, & primò ad non vexandum fideiussorem, nisi expleto tempore, ad quod debitum est soluendum. Secundò ad cedendas eidem actiones, si plenè satisfecerit, tùm aduersus principalem

palem reum debendi. Tertiò ad non conueniendum fideiussorem, nisi excuso principali debitore. Quoad primam partem facilè liquet ex eo, quod dies solutionis pars est obligationis *l. 1. §. editiones, ff. de edendo l. eum, §. quoties, ff. de verb. obligat., Tiraquel. de retract. lignagier, §. 1 glos. 18. nu. 38*, & ad hoc fideiussor se obligauit, ante quod se non obligasset, & ante diem quod iure peti non potest *l. continuus, §. cum ità, ff. de verb. obligat., Molinæus in l. 1. §. si quis simpliciter num. 75. ff. eod.*, & qui ante diem agit, malè agit *l. 1. in fin. ff. quando dies vsus. leg. ced.*, & pro importuno habetur *c. vnic. de plus petit in princip.*, nec meretur, vt audiatur *Ioseph Ludouicus dec. Perusin. 13. n. 16. part. 1.* Quoad secundam liquet ex ijs, quæ diximus supra *sub hoc eodem tit. Prænot. 6. assert. 3.* Quoad tertiam etiam liquet ex ijs, quæ supra diximus, quod scilicet ex genere suo prius excutiendus sit debitor, quam accessorius per iura ibi allegata.

Qui ante diem agit malè agit

10 Exceptiones, quas habet debitor, ne conueniatur.

Assertio VI. Debitor habet exceptionem aduersus creditorem, ne conueniatur, primò ante tempus, secundò extra locum, tertiò supra quantitatem. Prima pars colligitur ex ijs, quæ dicta sunt in præcedenti assertione, cum tempus potissimum præsumatur potius appositum in gratiam debitoris, quam creditoris *l. stipulatio, §. inter, ff. de verb. obligat. l. qui res, §. mihi, ff. de solut. l. 10. ff. de condict. indeb.*, vndè iure receptum est, antequam reus debeat, eum conueniri non posse *l. fideiussor, ff. de fideius.* Secunda pars ex eo euincitur, quia locus inter cætera est pars stipulationis, *§. si quis agens vers. hunc autem, qui loco Instit. de act.*, adeò vt, qui alibi petit, plus loco petat, adeoque incongrue *l. græcè, §. illud commune cum § sequ. l. fideiussor, §. 1 ibi, qui accessionis, ff. de fideiuss.*, iuxtà quæ, & similia iura diximus *sub hoc eodem tit. Prænot. 3.* non posse conueniri fideiussorem ad soluendũ in alio loco à conuento. Tertia pars etiam euincitur ex ijs, quæ expressis iuribus, & rationibus concludentibus diximus *sub hoc eodem tit. Contractus XII. Prænot. 3.*, quæ recole.

11 Obligationes debitoris versus creditorẽ & fideiussores.

Assertio VII. Debitor obligatur versus creditorem ad soluendam sortem ei debitam, & ad quantum interest, versus verò fideiussorem ad conseruandum ipsum immunem à quocunque onere, quod eidem consurgere potest ex contractu fideiussionis, & ad restituendum id, quod pro se ipso soluit, & ad quodcunque interesse. Hæc expresè ex ipsis terminis innotescunt, & ex ijs, quæ sparsim supra dicta sunt.



PRÆNOTIO XII.

De collaudatoribus fideiussorum, eorumque oneribus.

SVMMARIVM.

Exponitur munus proprium collaudatoris. 1.

Obligatio collaudatoris non est absoluta, sed conditionalis, & accessoria, tum ad principalem reum debendi, tum ad fideiussorem, pro quo accedit. 2.

Collaudator lucri causa approbans fideiussorem, aut dolo tenetur in omni casu in odium doli. 3.

Collaudator non tenetur, si fideiussor tunc erat idoneus, & postea factus sit impotens. 4.

Collaudatores ex communi praxi præsenti tenentur, quamuis non fuerint electi à publicis. 5.

Fideiussor obligatur versus collaudatorem, non è contra. 6.

Eadem actione, qua conuenitur fideiussor, conueniri potest, & collaudator. 7.

Collaudator, vt talis non potest obligari in solidum, ac æque principalis, secus non est collaudator. 8.

Collaudator obligatus in solidum, & æquè, cum fideiussore, si hic soluerit integrum, tenetur ad ratam, facta cessione. 9.

Collaudator ex iusta causa, si soluit conuentus solidum, non habet æquè primo regressum aduersus fideiussorem, & reum debendi, sed prius debet agere aduersus fideiussorem. 10.

Collaudatores ex genere suo proximè accedunt fideiussoribus, quos collaudant, de quibus plura dicta sunt ipsis vtique adaptabilia sub terminis fideiussoris indemnitatis *sub hoc eodem tit. Contractus XII. Prænot. 7. per totum.* Nunc aliqua specialitèr examinanda proponuntur, & primò, quodnam sit proprium ipsorum munus, & obligatio. Secundò, an ipsorum obligatio sit absoluta, & æquè principalis, an verò tantum conditionalis, & minus principalis. Tertiò, an aliqua obligatio intercedat inter fideiussorem, & collaudatorem. Quartò, an eadem actione conueniri possit collaudator, ac fideiussor. Quintò, si collaudator obligetur in solidum cum fideiussore, possit æquè primò conueniri, ac ipse fideiussor. Sextò, an fideiussor solidum soluens creditori possit virtute cessionis agere contra collaudatorem, sicuti posset agere contra alios confideiussores. Septimò ex suppositione, quod intercedente causa collaudator conuentus soluerit solidum, an habeat æquè primò regressum contra fideiussorem, quem

Dubitationes, quæ diluentur circa collaudatores.

quem collaudauit, ac contra principalem reum debendi, & his similia.

Assertio I. Collaudator ex genere suo id tantum præstat, vt approbet nomen fideiussoris tanquam idoneum ad onera exequenda, pro quibus fideiussit *Heringius de fideiuss.c.8.num.43.*, vbi dicit idoneam esse cautelam pro Iudice, vt, vbi fideiussor non est notoriè idoneus, curet, vt detur ei approbator, qui in casu inidoneitatis suppleat eiusdem defectum per textum *in l.cum ostendimus, §. vlt.ff.de fideiuss., & nom.tut.*atque hæc est communis sententia, & praxis *Marian.Socin.inc.qualitèr, & quando num.236. extra de accus., Alberic.in tract.statut.part.1. qu.59., Camillus Borellus controu.47.num.5.*, si enim Iudex in dubio idoneitatis fideiussoris debet constituere eius collaudatorem, ergo munus ipsius collaudatoris est approbare nomen fideiussoris tanquam idoneum illiusque defectum in casu inidoneitatis supplere. Hoc idem euincit ethimologia ipsa collaudatoris, quæ significat approbationem collatam, vi cuius creditor admittat fideiussorem, sine qua vtique non admitteret, nec principalitèr præsumendum est, quod collaudator se voluerit obligare, & absolutè, cæteroqui non collaudasset, sed fideiussisset.

1 Munus collaudatorum secundũ se.

Assertio II. Obligatio collaudatoris non est absoluta, & æquè principalis, sed conditionalis, & accessoria, non quidem simplicitèr solum ad principalem reum debendi, sed ad ipsum fideiussorem, vndè est quodamodò accessio ad accessionem. *DD. ad l.gracè, §.fin. ff.de fideiussoribus, Costa de remed.subsid.remed.5.per totum, Heringius de fideiuss. c.8. n. 43., & seqq.*

2 Est obligatio códitionalis, & accessoria.

Probatur, nam existente fideiussore soluendo collaudator erga creditorem ad nihil tenetur *Costa de remed. subsid. d. rem. 5. nu. 3., Paulus Montanus tract. de iur.tut., & curat.c.32.reg.7.n.33.*, vbi dicunt collaudatorem effugere omne discrimen probata idoneitate fideiussoris, ergo, in tantum tenetur ipse, in quantum nomen collaudati non est idoneum, seu non soluendo, ergo subbdiariè solummodò, conditionalitèr, non absolutè. Aduerte hic tamen, quod, dum dicimus callaudatorem obligari tantum conditionalitèr, intelligimus de conditione se tenente ex parte obiecti, quatenus scilicet obligatio collaudatoris non est executioni mandanda, nisi purificata conditione inidoneitatis fideiussoris, non autem ex parte actus, quatenus scilicet collaudator nõ assumat obligationem, nisi quando dignoscitur impotentia fideiussoris. Assumit igitur obligationem hic, & nunc collaudator absolutè, quæ tamen non reducetur ad actum, nisi posita impotentia fideiussoris, quem collaudat, & approbat.

Probatur secundò. Ita se habet Cancellarius, Magister actorum, vel Notarius etiam rerum criminalium recipiens fideiussorem, & collaudatorem minus idoneos in ordine ad Fiscum, sicuti se habet collaudator fideiussoris in ordine ad creditorem, sed vbi collaudator non fuerit opibus idoneus, Notarius, seu Cancellarius tenetur iure communi actione subsidiaria *l.1.§. vlt ff. de magist. conue., & l.5.C.eod.§.sciendum instit.de satisd.tut., Glosa in auth.generalitèr verb.officij, C.de Episcop., & Cler., Alexander in l.si verò, § quod pro rei num.4. ff. qui satisd. cog.*, secus verò, si ille fuerit opibus idoneus, ergo etiam collaudator tunc tantum tenebitur, quando fideiussor non erit soluendo idoneus, secus verò, si fuerit idoneus.

Limitanda tamen est assertio in hypothesi, in qua ipse collaudator lucri causa, seu accepto pretio approbarit fideiussorem, aut dolosè, aut scientèr illum, vt idoneum affirmauerit, cum tamen talis non esset, nam tunc teneretur omni casu in odium, & detestationem doli *l.ea elegantèr, §. vlt. l. quod, si ff.de dol., Camillus Borellus cons. 47.num. 74.*, cæterum in alijs casibus, in quibus simplicitèr approbaret, non tenetur, nisi subsidiariè, & conditionalitèr iuxtà mox dicta.

3 Collaudans ex dolo tenetur in omni casu.

Hic duplex insurgit ratio dubitandi circà propositam assertionem. Prima est, an si collaudator approbauerit fideiussorem, qui reuera, pro eo tempore esset idoneus, sed postea factus fuerit non soluendo, tunc etiam subsidiariè teneatur versus creditorem. Secunda, an dictus collaudator teneatur etiam subsidialitèr, quantumuis non fuerit à publico electus.

Rationes dubitãdi.

Quoad primam absolutè sentio, quod, si fideiussor tempore fideiussionis, & collaudationis fuerit opibus idoneus, tunc collaudator ad aliquid non teneatur, quantumuis postea fideiussor è facultatibus defecerit, sicque probata idoneitate pro illo tempore cessat quæcunque actio, etiam subsidiaria aduersus ipsum per textum *in l.1. §.si Magistratus, ff. de Magistr. conuent., Montanus tract.de iure tut., & cur.c.32.reg. 7. nu. 40.* Ratio ex eo deduci potest, quod afferit *Costa d.remed.5.nu.3.*, nempè collaudatorem respicere idoneitatem præsentem tempore collaudationis, nec referri ad futura, & per consequens non teneri ad futuros casus versus creditorem, quod etiam paritate Magistratus euincitur versus pupillum, qui, si receperit pro illo fideiussorem tunc temporis opibus idoneum, ad nihilum postea tenetur versus eundem pupillum, si fideiussor factus fuerit non soluendo per textum *in d.l.1.§.si Magistratus ff. de Magist. con. argum. à simili in l.2.§. si eo tem-*

4 Cessat ipsius obligatio, si postea fideiussor fiat impotens.

tempore, ff. de adminift. rer. ad ciuit. pertin. Excipe tamen in cafu, quo collaudator per verba prægnantia, vel mentem eius exprimentia fe obligaret pro idoneitate fideiufforis pro quocunque tempore durante onere fideiuffionis.

Quoad fecundum *Iacobus Menochius conf. 179 n. 2. vol. 2.* exprefsè afferit, approbatorem fideiufforis non obligari, nifi is fuerit, vel a publico electus, vel coram Iudice, eoque auctore approbatus ad hoc munus, atque pro hoc refert *Fulgofium in l. fi verò, §. qui pro rei qualitate, ff. qui fatifd. cog., & ibi Alexander n. 4., & Iafon num. 2., Albericus in l. cum oftendimus, §. vltim. ff. de fideiufs. tut.*

5 Sententia obligans collaudatores etiã non approbatos à publico prefertur

Sed quidquid fit de mente huiufmodi auctorum praxis modo obtinuit, vt collaudatores accedentes pro fideiufforibus obligentur fubfidiariè, quantumuis non eligantur à publico, vel à Iudice approbentur; non enim eft aliqua ratio, quæ improbet, quin priuati contrahentes per mutuos confenfus fe obligent, vel principalitèr, vel fubfidiariè, & fi poffunt fe fine Iudicis auctoritate obligare principalitèr per liberos propriæ voluntatis actus, vt eft in confeffo apud omnes, cur non poterunt fe obligare accefforiè, & fubfidiariè? Quamobrem fentiendum eft, præallegatos Doctorem intelligendos effe folummodò in aliquibus cafibus fpecialibus, in quibus ex fpeciali iuris difpofitione requiritur auctoritatiuè Iudicis approbatio, vt afferunt multi de fideiufforibus, & approbatoribus pro pupillis ob fpecialem fauorem illius ftatus.

Hic folum pro pleniori elucidatione appofitæ affertionis foluendum eft argumentum defumptum *ex l. cum oftendimus, §. vlt. ff. de fideiufs. tut.*, ex quo videtur colligi, quod collaudator teneatur abfolutè, vt fideiuffor, & de fuo, ac vicem fuftineat fideiufforis, non verò conditionalitèr folum, & fubfidiariè. Dic igitur cum Alberico, hunc effe fpecialem cafum inductum ex difpofitione iuris ob fpecialem fauorem pupillorum, præcipuè cum approbatio facta fuerit in iudicio, quæ certè multa habet priuilegia, etiam contrà regulas communes, vt notat *Alexander ad l. pacta nouiffima, C. de pactis, Marf. ad rub. C. de probar.* Alias folutiones, feu interpretationes huius textus vide apud *Coftam de remed. fubfid. d. remed. 5. n. 4.*, qui ex aliorum Doctorũ mente rem planè explanat, & diluit.

6 Obligatur fideiuffor verfus collaudatorem, non contra.

Affertio III. Fideiuffor obligatur quidem verfus fuum collaudatorem ad indemnem ipfum præftandum, vbicunque contingeret experiri aduerfus ipfum propter infubfiftentiam nominis collaudati, non tamen collaudator obligatur ad aliquid verfus fideiufforem, quem collaudauit.

Prima pars exprefsè colligi videtur ex eo, quod qui fe pro altero obligant illum fibi pro eodem obligent, vt videre eft in fideiuffore, qui obligando fe ipfum pro principali debitore, hunc ipfum fibi met ipfi obligat per allegata fuperius iura; non enim ex bènaficio, quod alteri præftat, debet fibi incommodum, & damna conciliare per ea, quæ fparfim fuperius allegatis iuribus, & rationibus dicta funt.

Secunda pars ex eo etiam euincitur, quod beneficium, quod præftat collaudator fideiuffori ipfum approbando, eft præcisè ad fupplendam ipfius impotentiam, quotiefcunque conuentus non fuerit foluendo, hocque potiffimum in fauorem creditoris, & ad contumeliam fanandam eiufdem fideiufforis, fi reiceretur, ergo non debet retorqueri in aliam obligationem verfus eundem fideiufforem; iniquum quippe foret, quod approbans alterius fidem in contractu teneretur poftmodum ex illo beneficio contribuere fauore illius, quem approbauit.

Affertio IV. Eadem actione fcilicet certi conditione, vel actione ex ftipulatu, qua conuenitur fideiuffor, conueniri poteft, & approbator *Bartolomæus de Capua fingul. 16, Heringius de fideiufforibus c. 21. nu. 11.* 7 Conuenitur collaudator, vel certi conditione, vel ftipulatu.

Exprefsè colligitur ex textu cit. *in dict. l. cum oftendimus, §. fin. ff. de fideiufs., & nom. tut., & ex l. 4. §. fed enim l. vlt. ff. rem pupill. falu for. l. eum quærebatur. §. vlt. l. fi ex duobus l. & iudicatum folui, ff. iudicat. folu., & l. fi fine Iudice in princip. ff. rem ratam haberi*, fi enim eadem actione conueniri poteft principalis reus debendi, & fideiuffor, quantumuis ex natura contractus prius fit excutiendus principalis debitor, cur eadem actione non poterit conueniri fideiuffor, & ipfius collaudator? Certè non minus accefforium eft debitori fideiuffor, ac fideiuffori collaudator.

Collaudator eft acceſſorius fideiuffori.

Hic tamen aduertendum eft, quod, quãtumuis eadem actione vterque poffit conueniri, prius tamen excuti debeat principalis fideiuffor, ac ipfe conueniatur, *Molina difp. 545. verf. hoc ita conftituto, Gutierez de iur. confirm. part. 1. c. 23 nu. 16, Antonius Gomez 2. var. c. 13. n. 14.* per textum *in l. fideiufsor obligari, § fin ff. de fideiufs.*, quæ adeò vera funt, vt quantumuis collaudator renuntiet omnibus priuilegijs, non propterea cenfeatur renuntiare iuri fibi competenti de excufione prius facienda in bonis fideiufforis. Vide, quæ planè de hoc diximus *fub hoc eodem tit. prænot. 7. affert. 1., & 2. de fideiufs. indemnitatis*, & hic applica.

Excuti prius debet fideiuffor.

Affertio V. Si collaudator in celebratione contractus fideiuffionis, cui acceffit, fe obligarit cum claufulis *in folidum, & æquè principalitèr*, non habet, nifi nomen

8 Obligatio in folidum nõ poteft competere collaudatori, vt tali.

collaudatoris, & æquè primò potest conueniri, ac ipse fideiussor, præcipuè si simul veniant in eodem contractu, & non successiuè. Ità sentire videntur *Aimo cons.77. n.3.vers.hoc itaque, Iason cons 58. n.4.lib.3., Rota decis.112 n.6.p.1.diuers., & in Romana restitutionis in integrum 18.Maij 1611.coram Cardinali Lancell.*, volentes clausulam illam, *insolidum*, operari, vt omnes quantumuis accedentes censeantur principales debitores, & nullus alterius fideiussor.

Clausula apposita in contractu nō possunt esse sine effectu.

Ratio autem ex ijs deducitur, quia huiusmodi clausulæ in contractu appositæ nō debent censeri sine aliquo effectu appositæ *l.1.§.hæc verba, ff.quod quisque iuris l.quoties ff. qui satisd. cog.* adeò, vt potius debeant impropriari, & ad impropriam significationem trahi, quam esse superfluæ *l. tum Augusti, & ibi Angelus, ff.de seruit.l.si tibi, & ibi Bartolus, ff.si cert. pet., Rolandus cons. 61.n.36.lib 3., Crauet.cons.294. n.3., Brunor à sole in locis comm. verb. verba 3., & 13., Surdus de aliment.tit.2.qu.1.nu.39.*, nullum autem effectum consequerentur, si æquè primò non obligaretur, & posset æquè primò conueniri, vt per se patet; neque obesse potest, si dicatur, quod, quandò huiusmodi clausulæ destruerent naturam contractus initi, potius sit admittenda superfluitas verborum, quam destructio contractus *Tiraquel.de retract.conuent. §.1.glos. 2.n.28, Ruinus cons.136.n.10.lib.3., Crauet. cons.25.n.31.*, quod potissimum verum est, quando quoquo modo constat de mente contrahentium, & eiusdem collaudatoris, qui, si voluisset obligari principaliter, vt fideiussor, hoc sine verborum inuolucro peregisset, & recta via processisset, vt notauit *Menochius cons.79.n.15* Non inquam, obesse potest, quia, cum huiusmodi clausulæ videantur esse contra naturam collaudationis simplicitèr sumptæ, arguunt ipsam esse solummodò collaudationem quoad nomen, & quoad substantiam fideiussionem, ità enim disposita sunt componenda, vt quantum fieri potest contractus sustineatur, si non in ijs terminis, in quibus exprimitur, saltem in ijs terminis, cum quibus possit compati in clausulis insuper adiectis, ea proportionali ratione, qua *Gama decis.379., Gutier. de iuramen.confirmat. c.23.n.22., Gomez 2.var.resol. c.13 num.3., Molina disp.545.vers.illud verò est obseruandum, Ognate tract.18.disp.53.sect.2.num.27.* dicunt de fideiussore indemnitatis, quod, si pactum ineat cum creditore, vt æquè primò ipse possit conueniri, ac fideiussor simplicitèr, non sit nisi quoad nomen fideiussor indemnitatis, & in re, vel correus debendi, vel fideiussor principalitèr obligatus, quod idem repetit *Bartolus in l.1. n.2. C.de conuent.fiscal.lib.10., & Baldus* asserit, quod huiusmodi conuentio constituat huiusmodi fideiussorem indemnitatis fideiussorem simplicitèr.

Debet fieri compositio, vt sustineatur contractus eo modo, quo potest sustineri.

Si autem hic inquiras, cur, cum in contractu dicatur, *collaudator fideiussoris*, & subindè dicatur, obligari *insolidum, & æquè principalitèr*, intelligatur potius ly collaudator explicari, & restringi per clausulas subsequentes, *in solidum, & æquè principalitèr*, quam vice versa ly, *insolidum, & æquè principalitèr* explicari per ly, *collaudator indemnitatis*? & potiùs præsuponatur mens collaudantis pro obligatione simplici, & absoluta, quam pro conditionata, & subsidiaria? Respondebimus, hoc prouenire, quia in eadem dispositione verba subsequētia explicāt præcedentia ad sensum eorundem subsequentium, quādo simul nequeunt compati vtpotè secundum propriam, & germanam significationem sibi adinuicem aduersantia *Egid. Bellam.cons.39 nu 4., Roman.cons.328.præsens consultatio n 5.vers 3.* vbi, quod verba sequentia præcedentibus præstant euidentissimum intellectum, *Castrensis cons.74.in causa mota col.2. vers. tertia regula lib. 2.*, vbi est regula, quod ex sequentibus declaratur animus in præcedentibus. Accedit, quod subsequentia expressè inducunt maiorem obligationem, ergò trahunt ad se, & coniungunt illam minorem obligationem, quæ inducta videbatur in præmissis, sicque coniungunt duo separata, quæ sunt approbare fideiussorem, & pro ipso debitore fideiubere. Cum ergò collaudator pauiò ante approbauerit fideiussorem, sequitur ex subsequentibus *in solidum, & principalitèr*, voluerit fideiubere principaliter &c.

Verba subsequētia explicant præcedentia.

Assertio VI. Fideiussor collaudatus, si integrum soluerit creditori, & collaudator se obligauerit in solidum, & æque principalitèr facta sibi cessione iurium per creditorem, potest agere aduersus eundem collaudatorem, vt pro rata sibi contribuat in solutione debiti; si verò collaudator simplicitèr approbarit nomen collaudatum, nec se obligauerit in solidum, & æquè principaliter, etiam reportata cessione a creditore, nullam habet actionem aduersus eundem collaudatorem pro rata fideiussor, qui soluit. Quoad primam partem colligitur ex ijs, quæ dicta sunt in præcedenti assertione, & ex ijs, quæ dicta fuerunt in præcedentibus *sub hoc eodem tit.pran.6. assert.4. per totum*; si enim fideiussor, qui conuentus soluit solidum reportata a creditore cessione potest agere ad repetendum pro rata solutum contra alios suos confideiussores per textum *in l. fideiussoribus, & in l. cum is, ff.de fideius.*, & per ea, quæ docent *Glosa in d.l.cum is, ff.eod., Molina disp. 544. vers.in secundo verò euentu*, non est, cur confide-

9 Tenetur ad ratam si se obligauerit in solidū, & fideiussor integrum soluerit, secus, si non se obligauit in solidū.

fideiussor in præsenti etiam hypothesi habita a creditore cessione iurium non possit pro eadem rata agere aduersus collaudatorem, qui se cum ipso obligauit in solidum, & æquè principalitèr, quandoquidem talis obligatio inducit propriè fideiussionem in re, quantumuis in ordine præferatur titulo collaudationis; apparentia etenim illa extrinseca non tollit rationem formalem propriam fideiussionis, quæ est in tali contractu.

Talis obligatio inducit propriè fideiussionem.

Quoad secundam partem facilè ex eo liquet, quod habet *Vulpianus in l. si plures, §. fin. ff. de fideiuss.*, vbi sic legitur, *si fideiussor* fuerit principalis, & fideiussor fideiussoris, non poterit desiderare *fideiussor, vt inter se, & eum fideiussorem, pro quo fideiussit, diuidatur obligatio, ille etenim loco Rei est, nec potest Reus desiderare, vt inter se, & fideiussorem diuidatur obligatio, proindè, si ex duobus fideiussoribus, alter fideiussorem dederit, aduersus eum quidem non diuiditur obligatio, pro quo interuenit, sed aduersus confideiussorem magis est, vt diuidatur*. Ex quibus verbis plura colliges. Primò, quod, quando datur fideiussor fideiussoris, hic comparetur ad eundem primum fideiussorem, sicuti fideiussor ad principalem reum debendi. Ibi - *Ille etenim loco Rei est*. Secundò, quod, sicuti, si principalis reus debendi persoluerit integrè debitum, non potest diuidere obligationem cum suo fideiussore, ità, nec si fideiussor primus persoluerit integrum, possit diuidere obligationem cum suo fideiussore, seu collaudatore. Ibi - *Non potest reus desiderare, vt inter se, & fideiussorem diuidatur obligatio*. Tertiò, quod non comparetur primus fideiussor ad suum collaudatorem, seu sui fideiussorem, sicuti vnus fideiussor ad alium confideiussorem, qui se simul cum illo obligauit versus creditorem pro principali reo debendi. Ibi - *sed aduersus confideiussorem magis est, vt diuidatur*.

Iura euincentia intentum

Ratio autem huius secundæ partis assertionis, & iuris, cui innititur, ea est, quia collaudator præcise approbauit fidem fideiussoris, quod scilicet sit adimpleturus obligationem, quam subijt, seu sit pro eadem soluendo, & in illius fauorem præcisè accessit, ergo in tantum tenebitur ipse collaudator, in quantum fideiussor, quem collaudauit, munus suum, pro quo ille intercessit, non adimpleuerit, ergo, si fideiussor adimpleuerit, collaudator ad nihil tenebitur; non quidem aduersus creditorem, qui, ex quo integrè satisfactus est, nullam habet actionem, nec versus fideiussorem, qui satisfecit, quia, ex quo iste adimpleuit id, quod tenebatur adimplere, non acquirit aliquod ius aduersus illum, qui pro ipso obligatus est, quandoquidem ipsum potius tenetur ab onere, quod assumpsit, liberare, quam possit eundem alligare. Accedit, quod ex supradictis fideiussor comparatur ad suum collaudatorem, sicuti principalis reus debendi ad suum fideiussorem. Sicuti igitur principalis reus debendi soluendo id, quod debet, non habet actionem aduersus fideiussorem suum, ità nec fideiussor soluendo id, pro quo accessit in fauorem principalis debitoris, habere poterit aliquam actionem aduersus collaudatorem, sed ad summum aduersus ipsum reum debendi.

In tantū tenetur collaudator, inquantum deficit fideiussor

10 Assertio VII. Si collaudator conuentus ex iusta causa soluerit solidum, vel id, quod soluere non potuit, ex eo, quod non fuerit soluendo, non habet æquè primò regressum aduersus principalem reum debendi, ac aduersus fideiussorem, sed primò aduersus fideiussorem, consequenter aduersus principalem reum debendi.

Collaudator soluens debet prius agere aduersus fideiussorem.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia ius, & onus, quæ ex eodem contractu consurgunt, sibi sunt immediatè adinuicem correlatiua, vt sunt vulgatissima iura; sicuti igitur collaudator onus assumit primò, & principalitèr pro fideiussore, pro cuius idoneitate accessit, ità non potest, quin primò, & principalitèr ius suum exerceat aduersus eundem fideiussorem. Verùm tamen est, quod, cum supponatur regularitèr non posse intentari actionem aduersus collaudatorem, nisi probatum fuerit, quod fideiussor non sit soluendo per ea, quæ superius probata sunt, & cum probatio contra vnam personam faciat ius pro eadem in ordine ad eundem finem, possit idem collaudator regularitèr actionem suam dirigere, si tamen dirigi potest, vt mox videbimus, aduersus principalem reum debendi, sed hoc semper erit subsidiariè, & in defectum, non principalitèr ex genere suo, & æquè primò.

Ius, & onus ex eodem cōtractu sibi sunt correlatiua.

Secunda pars supponit in primis, quod collaudator saltem in defectum fideiussoris habeat ius aduersus principalem debitorem, quod certè tum ex eo euincitur, quod illa solutio vltimato fiat pro sanando ipsius debito, quod contraxit; qui autem soluit pro alio ius aduersus eundem contrahit, tum ex eo, quod ipse soluens gerit quodammodo negotium eiusdem principalis debitoris, adeoque actionem negotiorum gestorum aduersus eundem acquirit, tum ex eo tandem, quod iussus quodamodo soluit pro debitore, cum saltem mediatè etiam pro eo intercesserit, si non immediatè, & directè; adeoque tenetur ex iussu. Deindè sic directè euincitur, quia debitor ex aliena iactura non potest ditescere; ditesceret autem, si per solutorem debiti eiusdem non posset conueniri. Porrò, si fideiussor soluerit pro prin-

Solutio vltimato fuit pro sanando onero debitoris.

principali reo debendi habet immediatum regressum aduersus eundem, vt est in confesso apud omnes, ergo, si collaudator soluerit pro fideiussore in ordine ad debitũ principalis debitoris, habebit in defectum eiusdem fideiussoris regressum saltem mediatum aduersus ipsum debitorem, cum vltimato debitum referatur in ipsum.

PRÆNOTIO XIII.

De assecuratione, & omnibus ad ipsam pertinentibus.

SVMMARIVM.

Quid propriè sit assecuratio. 1.
Requiritur æqualitas inter pretium, & obligationem periculi. 2.
Requiritur, vt verè sit periculum. 3.
Item, vt vi alterius contractus non compellatur ad assecurandum. 4.
Item vt res, de qua fit assecuratio, existat. 5.
Variæ rationes dubitandi circa assecurationem rei non existentis dissoluta. 6.
Est contractus innominatus, stricti iuris, soloque consensu perficitur. 7.
Assecuratio formalitèr non potest esse de vita ad certum tempus, benè tamen simplex sponsio. 8.
Quandonam nomine periculi veniant casus etiam fortuiti. 9.

1 ASsecuratio affinis est, tum fideiussioni, tum collaudationi, adeoque non incongruè post illarum disceptationes de ista sermo instituitur. Vniuersa, quæ ad hanc materiam pertinent, sub hoc titulo perstringam, de quibus sparsim plura per alia volumina diximus, & præcipuè *tom. primo*, dum de triplici contractu, quæ ibi sunt recolenda, non hic repetenda. Hic præcipuè examinabitur, primò ratio quidditatiua, & essentialis eiusdem assecurationis, secundò conditiones, quæ ad ipsius iustitiam, & æqualitatem requiruntur, tertiò qualitas contractus, an sit nominatus, vel innominatus, bonæ fidei, an stricti iuris, an perficiatur solo consensu, an re. Quartò ea, quæ possunt assecurati. Quintò, an si plures fuerunt assecuratores quomodo facienda sit inter eosdem diuisio. Sextò, an assumens in se periculũ intelligatur assumere quemcunq; casum fortuitum, etiam inopinatum. Reliqua plura examinabuntur infrà in disquisitionibus, & casibus particularibus.

Articuli omnes circà hãc prænotionem examinandi.

Assertio I. Optimè attingitur quidditatiua, & essentialis ratio assecurationis per hoc, quod dicatur contractus, quo quis alienæ rei periculum in se suscipit obligando se certo pretio ad eam compensandam, si perierit *Lessius lib. 2. c. 28 dub. 4 nu 24.*, *Bonacina de contract. disp. 3. q. 9. punct. 3. num. 1.*, atque in hoc consentiunt omnes, tum Theologi, tum iuris interpretes.

1 Essentia, & definitio assecurationis.

Non indiget definitio probatione, sed dumtaxat expositione. Dicitur, *contractus*, per quam particulam conuenit hic contractus cum cæteris omnibus, siue nominatis, siue innominatis. Dicitur, *quo quis alienæ rei periculum in se suscipit*, per quod contradistinguitur a cæteris omnibus contractibus, & præcipuè a contractu fideiussionis, cum quo videtur maiorem habere simboleitatem, quia in fideiussione fideiussor in se onus certum, & determinatum debitoris suscipit, si ille non fuerit soluendo, in assecuratione verò assecurator in se assumit periculum de incerto euentu, in fideiussione fideiussor accedit principali obligationi, quæ necessario supponitur, in assecuratione assecurator immediatè in se ipso assumit obligationem pro periculo, etiam, si alia non præcedat. Dicitur, *rei alienæ periculum*, circa quas particulas disputant DD. quid veniat in hoc casu nomine periculi, sed de hoc fusè nos infra agemus. Dicitur, *obligando se certo pretio*, per quas particulas duo inferuntur; primum, quo ad constituendum in rigore contractum assecurationis requiratur tale pretiũ, nam, quantumuis gratis possit assumi illud periculum, ad constituendum tamen propriè contractum requiritur pretium, quia secus esset potius gratuita promissio, quam contractus. Secundum, quod onus assecurationis est secundum se pretio æstimabile. Dicitur, *si res perierit*, quæ particula non refertur ad pretium promissum, quatenus, si res non perierit, non sit referendum pretium assecuratori, sed ad compẽsationem ponendam per assecuratorem, quatenus, si res assecurata perierit, assecurator debeat refundere compensationem, vel pro toto, si tota, vel pro parte, si in parte tantum perierit.

Est propriè contractus.

Ad constituendũ contractum rerum requiritur pretium.

Assertio II. Ad iustitiam huius contractus nonnullæ requiruntur conditiones, quas currenti calamo enumero, & expono.

2 Requiritur æqualitas inter periculũ, & pretiũ.

Prima est, vt adsit æqualitas inter pretium datum assecuranti, & obligationem periculi, quam ipse assumit. *Lessius lib. 2. cap. 38. dub. 4. num. 24.*, *Bonacina de contract. disp. 3. qu. 9. punct. 3. num. 3.*, & alij magis communitèr, huiusmodi enim contractus est species quædam iustitiæ commutatiuæ, quæ habet pro obiecto æqualitatem. Hæc autem æqualitas debet desumi comparatiuè ad periculum, & valorem rei, quæ assecuratur, quatenus plus debeat conferri, si periculum sit

sit maius, & res maioris valoris, minus, si periculum sit minus, & minor rei valor, non præcisè ad valorem rei, nam si nullum sit periculum, siue res fuerit magni valoris, siue parui non potest quid exigi pro illo; vndè, si assecurator certus sit rem ante contractum peruenisse ad terminum, non potest aliquid pro assecuratione exigere, quia obligatio, quam in se suscipit, nullius roboris est, nec valoris. Si autem hic inquiras, quodnam sit iustum pretium in assecuratione, dicam, non posse certam regulam taxari, quandoquidem in vno casu est maius periculū, in alio minus, maius quidem in mercibus traiectitijs per mare, minus quandoque in alijs, quæ negotiantur in terra. Nihilominus quoad merces traiectitias in ordine ad pretium consuetudo maris est inspicienda *auth. de vsu naut.*, *§.fin.col.9., & in l.de precario, ff.ad leg., Rhod. de iact., Baldus in cons.58.num.2.vol.2., & in c.1.§.quia quis feud.dar.pos., Odof.in l.1.C.de erog.milit.an.n.2., & in l.neminem de Decur. lib.* 2. Quoad alias verò merces terrestres alicubi pro assecuratione exiguntur quinque, vel sex pro centenario, vt refert *Azorius tertia par.lib.11.Instit.mor.c.18.dub.10. ad fin.*, alicubi verò nonnisi duo, vel tria, vt refert in aliquibus contractibus obseruari hic Mediolani *Bonacina de contract. disp. 3.qu.9.punct.3.n.3.vers.sed hic Mediolani*, vbi ita iudicatum asserit per Patres Pænitentiariæ se præsente, & consulente.

Æqualitas pretij nō potest certa regula taxari.

Consuetudo maris est inspiciēda.

3 Secunda est, vt re vera sit periculum, vt suprà iam attigi, si etenim nullum esset periculum, non esset ratio, ob quam illud pretium posset exigi, cum obligatio non sit pretio æstimabilis, nisi ratione alicuius periculi possibilis, vt optimè notat *Lessius d.lib.2.c.28.dub.4.num.24.vers.hinc sequitur primo*. Dixi, *nisi ratione alicuius periculi possibilis*; cuius nomine intelligo periculum moralitèr secundum se possibile, & secundum communitèr accidentia; si etenim ex præscientia assecuratoris in loco, in quo communitèr præsumuntur magna pericula, nullum, vel exiguum foret periculum, adhuc assecurator ipse ordinarium assecurationis pretium posset exigere *Lessius loc. cit.n.27.* Ratio est, quia illa obligatio in ea hypothesi passim tanti æstimatur, nec eidem officere potest priuata scientia assecuratoris, cum pretia rerum desumantur à communitèr contingentibus, non à priuata contrahentium scientia. Neque in hoc audiendus est Bonacina, qui asserit totam rationem exigendi fundari in ratione periculi, quod, cum nullum sit respectu assecurantis, nullum eidem tribuit ius ad exigendum conuenta; Non, inquam, audiendus est, quia non minus est pretio compensabilis res, ac sit ex genere suo compensabile periculum, sicuti igitur res communitèr tanti æstimata, quantumuis ex priuata emptoris scientia tanti non valeat, potest tanti emi, quanti communitèr æstimatur, ita etiam periculum tanti æstimatum communitèr potest tanti emi, quanta sit æstimatio. Ad hæc confirmanda adduci possunt ea, quæ dicta fuerunt *tom.1. sub tit. Contractus 2.de empt., & venditione Disqu.IV. §.3.* de emptione rei, cuius valor solum cognoscitur ab emptore, *& sub eodem tit.de empt., & vendit. Prænot.2. assert. 3. nu. 9.* de sciente rem in valore diminuendam esse post modicum tempus, & tamen vendit pretio hic, & nunc currenti.

Requiritur verè periculū.

Tertia est, vt ex vi alterius contractus nō compellatur assecurator ad sumendum in se illud onus sine congrua compensatione illius obligationis, quam cogitur quodamodo assumere. Ratio est, quia tunc non saluaretur æqualitas inter contrahentes. De hoc fusè egi *tom.1.sub tit.Contractus 3.de mut., & vsur.Disqu.6.§.8.num.5.* ad quod vos remitto, ne actitata sine necessitate actitem. 4

Quarta est, vt res, de qua fit assecuratio, existat, cæteroqui, cum deficeret materia contractus, contractus ipse non posset subsistere. Circà hanc tamen conditionem multa consideranda veniunt; & primò, an assecurator sciuerit reuera res, quas assecurare intendit, non existere, & si assecuret merces in naui existere præsumptas, quas tamen scit ibi non existere; secundò, an ignorauerit ibi non existere; tertiò ex suppositione, quod ignorauerit, an sit præsumendus etiam contracturus, quantumuis sciret, ibi non existere, an verò alitèr. Si re vera erat conscius non existentiæ; tunc dicendum arbitror, non subsistere contractum in vim assecurationis, sed in vim simplicis sponsionis, seu vt alij loquuntur, viadationis *Sotus lib.6.qu.7. art.1., Lessius lib.2.c.28.dub.4.nu.28., Bonacina de contractibus disp.3. quæst.9.punct.3. num.3. vers. non ego tamen*. Ratio primæ partis est, quia assecuratio, vt formalitèr talis, non potest esse sine materia assecurata. Ratio autem secundæ partis in eo consistit, quod non repugnent sponsiones, quæ quandoque fiunt inter mercatores, si inter spondentes seruetur proportionata æqualitas, vt si v.g. nauis salua venerit, lucretur quinquaginta, si verò perierit, amittat decem, & centum. Si re vera fuerit ignorans, tunc sentiendum est secundum præsumptiones, secundum quas assecurator possit contrahere, vel enim supponitur

5 Ponūtur rationes dubitādi circà hāc conditionem.

Quod, si erat conscius non existentiæ

tur adhuc contracturus, si cognouisset, vel supponitur non contracturus. Iuxtà primam præsumptionem sentiendum est, quod contraxerit contractu sponsionis, seu vadationis, & vtique validè iuxtà mox commendata. Iuxta secundam verò præsumptionem, nec in genere assecurationis, nec in genere simplicis sponsionis tenet contractus defectu consensus ex parte assecuratoris requisiti. Si tandem præsuponatur ignorans, & dubium sit, an, si cognouisset, contracturus fuisset, nec ne, tunc non potest quid certum statui, sed ex coniecturis decidendum est dubium. Hoc vnum tenendum est, quod in casu speciali, quo quis alteri mutuauit pecuniam, eundemque assecurauit pro certo loco, non tamen constat quo animo fecerit, an essentialitèr mutuaturus, vel ne, tunc præsumendum sit cum animo fænerandi per ea, quæ notat *Petrus Santerna tract. de assecur., & spons. mercat. part. 1. n. 13.*

6 Quid si fuerit ignorans.

Assertio III. Contractus assecurationis est contractus secundum se innominatus, stricti iuris, soloque consensu perficitur. Ità quoad primam partem *Petrus Santerna de assecur., & spons. mercat. part. 1. nu. 7., & seqq., Baldus in l. cunctos populos nu. 10. C. de summ. Trinit., & fid. Cathol., Petrus Corneus in l. si pascenda, C. de pact. in 1. q. princip., Salicetus in l. tenetur, §. 1. num. 3. ff. de act. empt.*

7 Est innominatus, & stricti iuris.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia huiusmodi contractus in re nihil aliud dicit, quam hoc, quod assecurator facit, si assecuratus det pecuniam, sicque reducitur ad contractum *Facio, vt des*, suscipio etenim periculum, vt des pecuniam, *Baldus in d. l. cunctos populos, C. de summa Trinit., & fid. Cath.* cum alijs pluribus apud *Santernam loc. cit. n. 8.*, idemque habet *Siluester verb. negot. qu. 5.* Quod, si *Molina disp. 507. num. 2.*, dixerit reduci ad contractum emptionis, & venditionis, hoc intelligendum est per quandam analogiam, & similitudinem, non secundum proprietatem. Hoc idem euinci potest ex eo, quod in huiusmodi contractibus nō oritur actio, nisi præscriptis verbis, non autem ex proprio, & specifico nomine assecurationis, ergo &c.

Reducitur ad cōtractū facio, vt des.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod huiusmodi contractus importat secūdum se stipulationem saltem impropriè; stipulatio autem ex genere proprio importat actionem stricti iuris per ea, quæ alibi fusè commendaui. Quoad tertiam partem ex eo facilè liquet, quod ex proprio nomine assecuratio non importat traditionem, sed dumtaxat promissionem, & stipulatum.

Assertio IV. In vim assecurationis formalitèr sumptæ non potest pacisci de alicuius vita seruanda ad certum tempus, benè tamen in vim simplicis sponsionis. Sic conciliare existimo opiniones extremè oppositas *Siluestri in verb. negotium quæst. 4. in fine, & Molinæ disp. 507. vers. vtrum autem licitus sit contractus, Azorij instit. mor. tertia part. lib. 11. c. 18. dub. 8., Garziæ de contract. part. 2. c. 15.* asserentium super vitam alterius posse contractū assecurationis iniri.

8 Assecuratio de vita nō est, benè tamen spōsio.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod vita hominis liberi nō est pretio compensabilis, & æstimabilis, cum sit suprà quodlibet pretium, vndè per ea, quæ alibi diximus, & docent communiter Theologi in secunda secundæ D. Thomæ, si brachium ab homine amputetur non potest pro illo pecunia fieri compensatio, ergo vita formalitèr hominis non potest assecurari pro pretio. Consequentia probatur, tum, quia non potest formalitèr compensari, tum quia pro re non existente non potest fieri assecuratio per ea, quæ supra dicta sunt, ergo nec pro re existente, sed pretio non compensabili.

Vita hominis nō est pretio compensabilis.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia seruata æqualitate possunt fieri sponsiones de re, quæ cadere possunt sub incertum euentum, ergo etiam fieri poterunt super vita alicuius determinatæ personæ; Neque arbitrandum est, hunc etiam contractum sub specie sponsionis in iure prohibitum esse eo, quod causam det captandæ mortis eius, super cuius vita facta fuit sponsio, vt videtur fundamentalitèr asserere *Siluester loc. cit.* Non, inquam, arbitrandum est, quia vt benè notat *Molina dict. disp. 507. d. vers. vtrum autem licitus sit contractus*, sicuti non improbatur donatio causa mortis ex eo, quod donatarius optare possit mortem donantis, ita nec improbandus est &c., quia hoc non est præbere occasionem captandæ mortis, sed ipsos ex sua nequitia occasionem indè sumere. Deindè constituuntur census vitalicij ad vitam alicuius, nec propterea sunt improbandi huiusmodi contractus ex eo, quod vnus contrahens possit indè sumere occasionem captandæ mortis alterius contrahentis.

Sponsiones possunt fieri de incerto euentu

Assertio V. Nomine periculi, quod assumit verbi gratia assecurator nauis pro certo, & determinato pretio veniunt etiam casus fortuiti, quando assecurator non tenebatur ante aliqua obligatione, nec merces habebat in sua potestate, & item veniunt huiusmodi casus fortuiti, quando assecurator aliqua obligatione præcedenti tenebatur, vt, quia esset gubernator nauis, & locator suarum operarum ad

9 Pericula quandoq; comprehendunt casus fortuitos.

ad merces in ea exiftentes traijciendas, eafdemque merces in fua poteftate habebat, *Bartolus in l. fed fi quis, §. quæfitum, ff. fi quis caut., Petrus Santerna de affecurat., & fponf. mercat. part. 4. nu. 8., Paulus de Caftro in l. noui fanpheli, §. locati.*

Ratio primæ partis ex eo deduci poteft, quia in ea hypothefi affecuratio affumpta per illum affecuratorem non poteft referri ad cafus contingentes ex aliqua culpa eiufdem, cum eos non habeat in fua poteftate, ergo referri debet ad cafus, qui refpectu eiufdem fint omninò fortuiti, cæteroqui illa affecuratio nullum confequeretur effectum, cum in nullo cafu poffet verificari.

Illa affecuratio nullum cófequeretur effectum.

Verum tamen eft, quod, fi periculum contingeret in mercibus traiectitijs per mare ex aliqua culpa nautarum, quorum culpas in fe affumpfiffet ipfe affecurator, quatenus collaudaffet, vel pro eifdem fideiuffiffet, quod tunc teneretur, vel ex onere collaudationis, vel fideiuffionis, haberet tamen aduerfus eofdem regreffum ad repetendum id, in quo fuerit ex ipforum culpa læfus.

Ratio, cur obligetur, etiam ad cafus fortuitos.

Ratio fecundæ partis ex eo deduci poteft, quod ex eo, quod fit nauis gubernator, & locator fuarum operarum ad merces illas traijciendas iam ex proprio munere, & ex vi contractus locationis tenetur ex quacunque culpa etiam leuiffima, ergo ex nouo illo contractu affecurationis ad quid aliud obligatur, ad quod ex contractu præcedenti non obligabatur, adeoque etiam ad cafus fortuitos, cæteroqui ille nouus contractus nullum effectum confequeretur, nec ad aliud ille nouus contractus poffet referri, nifi ad eofdem.

Excipe, fi cafus fortuitus proueniret ex culpa affecurati.

Limitanda eft tamen affertio in aliquibus cafibus, & præcipuè, quando periculum proueniret ex cafu fortuito proueniente ex aliqua culpa eiufdem affecurati, cuius merces traijciuntur per textum *in l. qui officij, §. fin. ff. de contrah. empt., Aret. in conf. 111. in fin.*, vndè primò, fi dominus mercium affecuratarum deuehi fecerit res prohibitas ignorante affecuratore, & ratione illarum merces fuerint deperditæ, tunc cafus eidem imputatur, nec ad aliquid affecurator tenetur per textum *in l. cotam, ff. de public., & in cap. ità quorundam de Iudæis*; fecundò, fi ipfe Dominus traijci fecerit per loca prohibita, vel non foluerit iura, tunc etenim etiam periculum non imputatur affecuratori; tertiò, nec tenetur affecurator, fi merces domini affecurati capiuntur pro reprefalijs eiufdem, feu fuæ gentis; Alia his fimilia, vide apud *Petrum Santernam de affecur., & fponf. mercat. dict. p. 4. à n. 17. ad 20.* Alia nos examinabimus in Difquifit.

DISQVISITIO I.

A prima ad fextam prænotionem inclufiuè.

§. I.

An iurans fe fideiubere nolle, fi poftea fidem fuam interponat, obligetur.

SVMMARIVM.

Refertur ftatus controuerfiæ in fuis terminis. 1.

Sententia negans obligari contra iuramentum præftitum. 2.

Si debitor, pro quo fideiuffor acceffit, fuerit talis, vt fine tali fideiuffione rueret in ærumnas, tenet fideiuffio. 3.

Secus fi non fuerit talis. Ibid.

Iuramentum de non fubueniendo extremè indigenti eft contra bonos mores. 4.

In cafu indigentiæ poteft pro debitore fideiubere etiam non impetrata abfolutione à iuramento. 5.

DIfquifitio I. Caius ex eo, quod fæpè fideiubendo pleraque damna fuerit perpeffus, iuramento fe obftrixit, fe non amplius pro alio fideiuffurum, ne fortè repentinis rei familiaris damnis implicetur. Fide fic confirmata per iuramentum ad preces cuiufdam familiaris fidem fuam interpofuit, & pro eodem interceffit. Orta fuit controuerfia, an fides fic data contra iusiurandum per eundem præftitum ipfum obligaret in euentum, quo ille, pro quo interceffit, non effet foluendo.

1 Status cótrouerfiæ

Negatiuè refpondet *Hypolitus de Marfilijs in rub. de fideiuf. n. 204.* propter auctoritatem *Glofa in cap. licet mulieres de iure iuran. in fexto*, cui adhærent *Bartolus in l. fi prædium, C. de iur. dot., Felin. in c. cum M. Ferrarienfis col. penult. de conftit., Gailus lib. 3. obferu. 147. n. 18., Auguftinus Berous in quæft. famil. qu. 27., Coaruuias in Epithome de fponfal. part. 2. c. 4. num. 9., Phylippus Portius concl. 17. lib. 4.* exiftimantes, quod actus factus contra iuramentum, etiam fi cum iuramento fiat, fit ipfo iure nullus, vtpotè initus contra bonos mores. Pro folutione.

2 Sentétia negans obligari.

Confiderandum eft, an ille, pro quo non obftante iuramento prius interpofito interceffit Caius, fuerit ità egens, vt, fi pro illo non fideiuberet, tunc in ingentes laberetur ærumnas, an verò non fuerit in illo ftatu egeftatis, quatenus fine illa fideiuffione per Caium præftanda non irrueret in illas ærumnas, fed de

Confiderabilia circa factum.

Fff facili

facili inuento alio fideiussore posset rebus suis consulere. Qua posita consideratione.

3 Respondeo, quod, si familiaris Caij fuerit ità egens, vt exponitur in prima consideratione, possit Caius non obstante iuramento validè, & efficacitèr se obligare, secus verò, si ità non fuerit egens. Ità conciliare existimo opinionem Marsilij præallegatam cum opinione *Ioannis Andreæ in addit. ad Specul. rub. de iure iur., Dominici de Sancto Damiano in c. fin. de for. compet., Archi Diaconi in c. non est contra 22. q. 1., Roberti Marantæ in spec. aureo part. 6. act 9. n. 50., Cardinal. Albani in addit. ad Bartol. in rub. ff. de fideius. nu. 7., Petri Pecchij in c. non est obligatorium n. 4. de reg. iuris in sexto, Couaruuij in c. quamuis part. 1. §. 6. num. 7.*, & aliorum asserentium Caium in ea hypothesi obligari, & quidem validè, & efficacitèr.

Si debitor fuerit summè inops tenet fideiussio, secus si non fuerit talis.

Pro prima parte militant hęc argumenta in iure fundata, & primò, vel in præstatione prioris iuramenti præsumitur, quod Caius respectum habuerit, etiam ad casus huiusmodi egestatis, vel quod ad eosdem non respexerit, sed penitùs in consideratione non habuerit, ideoque omiserit; si primum præsumatur, iuramentum

4 vtpotè contra bonos mores, & contra pręceptum dilectionis proximi non obligat *c. peruenit de testibus cog., & cap. intimauit de testibus*, cum in necessitatibus semper proximo nostro consulere teneamur *c. pasce 85. dist. c. sicut 45. distinct.*, & per iuramentum nostrum nos ab hoc onere subtrahere non debemus *cap. si diligenti extra de for. compet. c. innocens ad fin. vers. iuramentum itaque in verb. indigenti misericorditer non subuenire 22. q. 4.*, nam hoc est vinculum charitatis, *Archi Diaconus in cap. sicut 11. qu. 1., Muscatellus in sua pract. fideius. in proem. num. 3.*, si verò præsumatur secundum; tunc iuramentum ad eos casus, vtpotè omissos non extenditur, quandoquidem certum est apud omnes iuramentum non extendi quoad ea, de quibus tempore eiusdem non fuit cogitatum *c. veniens, & ibi Glosa in verb. praecessisset de iure iur.* Plura alia congerit argumenta ex paritatibus deducta *Heringius de fideius. cap. 1. à nu. 59. vsque ad 87.* ad quem vos remitto.

Illud iuramentū est cōtrà bonos mores.

Pro secunda parte hæc militant argumenta, quia iuramentum sic conceptum iustum, & validum est, nec aliquod fortius ius militat, siue charitatis, siue iustitiæ, quod illud infirmet, & ad hoc specialitèr præsumitur, quod Caius in illo iureiurando respexerit, ergo non est, cur non debeat adimpleri, adeo vt vniuersa, quæ contra illud fiunt, vtpotè facta contra bonos mores, & fidem iuramento confirmatam debeant esse irrita per Glosam *in d. cap. licet mulieres de iure iur. in sexto*, qui nimmò hoc iuramentum omitti nequit sine dispendio salutis æternæ *c. cum contingat c. si verò de iure iuran.* Neque obesse potest, si asseratur, quod fideiussio etiam possit per iuramentum induci, quod, cum sit posterius, euertet totam vim prioris; Non, inquam, obesse potest, quia hoc secundum non tenet, quia fit contra fidem iam oblatam, & obligationem iam assumptam, ratione cuius, quidquid posterius fit, Inanitèr, & inutilitèr fit *Bartolus in d. l. si prædium, C. de iur. dot.*, vndè iure meritò asserit *Heringius dict. c. 1. num. 76.*, quod vis prioris iuramenti illibata seruanda sit, nisi necessitatis ratio, eam non esse obseruandam suadeat *c. quamuis de pactis in sexto*, atque per hæc stante præallegata distinctione existentiæ necessitatis, & non existentiæ soluuntur omnia argumenta, quæ ab vtraque opinione possunt adinuicem objici.

Iuramentū omitti nequit sine dispendio salutis.

Hic solum pro complemento examinandum remanet, an in hypothesi, qua quis ex necessitate alterius intendit in fauorem ipsius fideiubere, non obstante, quod præmiserit iuramentum de non fideiubendo, teneatur absolutionem à iuramento impetrare, ne sit periurus, &, si non obtineat, sit periurus, an verò eodem non impetrato sine nota periurij possit suam interponere fidem fideiubendo. Quidquid 5
alij docuerint, existimo, etiam non impetrata absolutione à iuramento sine aliqua nota periurij posse licitè, validè, & efficacitèr fideiubere *Bernardus Graneus in conclus. pract. concl. 22., Heringius de fideius. d. c. 1. n. 83., & seqq.*, nec incongrua sanè ratione hoc statuitur, quandoquidem in primis illud iuramentum ex suprà probatis, & commendatis non ligat, ergo non indiget, vt dissoluatur. Deindè, quod lege permittente, & gratiam iurisiurandi faciente fit, iuste fit, & qui aliud à iuramento facit, perierasse non videtur *l. fin. ff. qui satisd. cog. l. fin. in princip. ff. ad municip.*

Illud iuramentū non ligat

---

§. II.

An, si testator alienationem bonorum suorum extrà familiam prohibuerit, intelligatur simul, & semel prohibuisse fideiussionem.

SVMMARIVM.

Exponitur specialis sensus difficultatis. 1.
Referuntur sententiæ extremè oppositæ cum suis fundamentis. 2.

Quod

Quod vna via prohibitum eſt, non intelligitur alia permiſſum. 3.

Non valet argumentum à ſtatuto ad teſtamentum, & quare. 4.

Res controuerſa in ſuis terminis.

1 DIſquiſitio II. Franciſcus condito ſuo vltimo teſtamento hanc legem hæredibus ſuis conſtituit, ne bona hæreditaria extra familiam ſuam alienarent, hocque ſub pœna commiſſi, ſeu caducitatis ab hæreditate; hocque ad finem conſeruationis honeſtatis, & decoris familiæ ſuæ, ſeu fortè etiam ſub pœna nullitatis contractus, ex quo fieri contingeret alienatio. Rebus ſic ſtantibus. Hæres non quidem bona per teſtatorem relicta alienauit; ſed interceſſit pro extraneo quodam, vt fideiuſſor, obligans ſe, omniaque bona ſua pro eodem; ex quo contractu, vel ſecuta eſt diſtractio bonorum hæreditariorum, vel ſaltem ſequi poterat alienatio. Hic orta eſt controuerſia, an in illa alienationis prohibitione intelligatur etiam prohibita fideiuſſio; ex qua ſecuta eſt, vel ſequi poterat alienatio neceſſaria ex ſuppoſitione in bonis illis hæreditarijs.

Sentētia negans poſſe fideiubere.

2 Diuiſos in hoc articulo inuenio DD., dum aliqui contendunt factà alienationis prohibitione intelligi prohibitū quemcunque actum, ex quo ſequi poſſet alienatio *Cæphalus conſ. 175. num. 2., Menochius lib. 6. de præſumpt. præſumpt. 93. num. 2., Laurentius Siluanus conſ. 25. num. 12., Roland. à Valle conſ. 31. num. 27., & conſ. 84. num. vlt. vol. 1., Natta conſ. 110. num. 11.*, & prohibito effectu intelligitur etiam prohibita cauſa, ex qua poteſt ſequi effectus *idem Menochius lib. 6. præſumpt. 93., & Cacheranus deciſ. 101. num. 9.* Alij verò volunt prohibità alienatione intelligi prohibitos duntaxat illos actus, per quos propriè, directè, & immediatè transfertur dominium, quod dicitur alienari *Gloſſ. in l. in ambiguâ, ff. de legibus, Paulus de Caſtro in l. ſcire leges, ff. eodem tit., Emanuel Suarez in theſaur. comm. opin. litt. A. num. 159.* Ex eo autem, quod hæres pro extraneo fideiuſſerit, non dicitur propriè tranſtuliſſe aliquod dominium, cùm hoc etiam cum poſſeſſione apud ipſum remaneat; quod, ſi poſtea contingat alienatio dependenter ab eadem fideiuſſione, hoc aſſerunt prouenire ex alienatione neceſſaria ex facto Iudicis, qui in hoc caſu voluntatem teſtatoris ſequi non cogitur *l. alienationes, ff. famil. ercifc., Aret. conſ. 22., Romanus conſ. 107. num. 2., Caſtrenſis conſ. 17., Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. gloſ. 14. verb. aut qui pollent, num. 11., Caldas in l. ſi curatorem verb. cum non abſimilis num. 36. C. de in integr. reſtitut.* Addunt, quod valet argumentum à teſtamento ad ſtatutum, & è contra à ſtatuto ad teſtamentum *Heringius de fideiuſſ. cap. 1. num. 116.*, qui plures pro hoc refert; in ſtatuto autem, vtpote quod ſtrictè interpretandum eſt, prohibità alienatione non intelligitur prohibita hypothecatio, nec fideiuſſio *Angelus in l. benignius, ff. de legibus, Baldus in l. fin. C. de reb. alien. non alien.*, ergo neque in teſtamento. Quod igitur concludendum?

Sentēti a affirmans poſſe fideiubere.

Prohibita per teſtatorem alienatione bonorum extra familiam nō poteſt hæres fideiubere.

3 Reſpondeo, in hac hypotheſi prohibita per teſtatorem alienatione bonorum ſuorum extra familiam intelligi etiam prohibitam fideiuſſionem in fauorem extraneorum ſaltem quantum ad effectum, vt res eiuſdem teſtatoris in caſu, quod ille, pro quo acceſſit, non ſit ſoluendo, transferantur in creditores extraneos. Ita ſentire videntur auctores primæ opinionis.

Ratio reſponſionis ex eo inprimis deduci poteſt, quia teſtator poteſt validè, & efficaciter non ſolum prohibere, ne bona ſua teſtamentaria directè diſtrahantur in extraneos, ſed nec etiam indirectè, quatenus hæredes non poſſint fideiubere in fauorem eorundem, ex quo poſſit ſequi alienatio per ea, quæ allegatis iuribus, & DD. ſtatuit *Heringius d. c. 1. de fideiuſſ. à n. 99. vſque ad 106. contrariæ ſententiæ aſſertor acerrimus*, ergo, ſi expreſsè in ſuo vltimo documento prohibuerit, ne bona ſua diſtrahantur in extraneos cùm expreſſo onere, vt conſeruentur in agnatione, & familia, nec poterunt indirectè per fideiuſſionem alienari, ſeu ſubijci oneri, ex quo onere poſſit ſequi alienatio. Illatio ſic euincitur, quia ex eo præcisè, quod teſtator intenderit res teſtamentarias in agnatione, & familia conſeruari, intelligitur voluiſſe omni meliori modo, quo poterit, ſeu potuit prouidere, ne extra eandem familiam diſtrahantur, ſicque præſumitur voluiſſe, etiam ne fideiuſſioni ſubijcerentur, & ſi interrogaretur, an intenderit etiam prohibitionem fideiuſſionis, ſeu hypothecationis, rationabiliter præſumitur, quod reſponderet, intendiſſe, nam qui intendit aliquem finem intelligitur, etiam velle implicitè ea, quæ conducunt ad talem finem, & nolle ea, quæ eidem fini aduerſantur, ergo intelligendum eſt, quod in prohibitione alienationis intenderit etiam prohibitionem fideiuſſionis, per quam extra familiam poſſent diſtrahi, cum præcipuus finis eiuſdem teſtatoris fuerit, vt conſeruarentur bona propria in agnatione, & familia; taciti autem, & expreſſi eadem eſt ratio, & iudicium per alibi ſparſim expreſſa iura.

Intelligitur voluiſſe omni meliori modo impedire alienationem.

Intēdens finem intendit media conducentia ad finem.

Intelligitur omni via prohibitum.

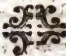
Addi etiam poteſt, quod, quandò aliquid vna via prohibitum eſt, alia via non intelligitur eſſe permiſſum *l. mater, ff. de excuſ. tut. c. cum quid, & ibi Dynus, & Petrus*

trus Pechius de reg. iur. in 6., ergò, cum prohibeatur absolutè alienatio rerum testamentariarum per venditionem, aliosque contractus immediatè translatiuos dominij, eadem intelligitur prohibita per hypothecationem, vel fideiussionem, per quam potest sequi eadem alienatio, nam, si principalis debitor, pro quo hæres fideiussit, non esset soluendo, fideiussor de suo teneretur soluere; sicque alienare; Neque obesse potest id, quod pro aduersa sententia afferebatur, scilicet per fideiussionem propriè non transferri dominium, quod, si deindè contingat transferri, erit translatio necessaria, & non voluntaria, quæ in iure sustinetur per allegata superius iura, & DD. Non, inquam, obesse potest; nam, licet per fideiussionem formalitèr, vt talem non transferatur immediatè alicuius rei dominium, ponitur tamen actus, ex quo proximè potest sequi eadem translatio; qui prohibet autem finem intelligitur etiam prohibere illa media, quæ conducunt ad talem finem *l. oratio, ff. de sponsalibus*; nec magis obesse potest id, quod subditur, quandoquidem, licet postea translatio, quæ ex fideiussione sequitur, non sit voluntaria in se ipsa, est tamen voluntaria in causa, quia voluntariè propriè ponitur ipsa fideiussio, quæ est causa talis translationis.

Illa translatio dominij esset voluntaria in causa.

4 Ad illud, quod subditur de validitate argumenti a statuto ad testamentum, dicendum est, hoc non vniuersalitèr procedere, sed in multis fallere, & in primis quoad interpretationem, quia, cum statutum regularitèr sit correctiuum, seu restrictiuum iuris communis, non regulatur ad præsumptam mentem statuentium, sed strictissimè interpretatur iuxta verba, per quæ exprimitur; testamentum autem regulatur potissimum ad normam mentis testatoris, qui, si voluerit rem in familia, & agnatione conseruari, intelligitur talitèr voluisse, vt nullo modo per hæredes posset in extraneos transferri, quinimmò hoc non est interpretatio, sed expressa, seu quasi expressa eiusdem testatoris intentio. Deindè non ita certum est, quod statutum prohibens alienationem, non comprehendat eas actiones, ex quibus sequi possit alienatio, præcipuè, si statutum sit fauorabile, & respiciat indemnitatem contrahentium in aliquo genere.

Statutum interpretatur iuxta verba formalia.



§. III.

An fideiussor, qui accessit pro obligatione tantùm naturali, habeat actionem ciuilem aduersus eum, pro quo soluit, ad repetendum solutum. 1

S V M M A R I V M.

Exti series in suis terminis. 1.
Duplex articulus examinandus. 2.
Si principalis, pro quo fideiussor soluit, fuerit adhuc pupillus, & minor, non habet fideiussor aduersus ipsum actionem ciuilem. 3.
Si fideiussor accesserit pro pupillo, & pro illo soluerit, non habet adhuc ciuilem actionem versus ipsum, quantumuis tempore solutionis factus sit maior. 4.

Disquisitio III. Accesserat fideiussor idoneus pro aliquo, qui tantum obligari poterat naturalitèr, puta pro minore, vel prodigo. Fideiussorem in hac hypothesi obligari versus creditorem non tantum naturalitèr, sed etiam ciuilitèr, quantumuis principalis obligetur tantum naturalitèr, expressè habetur in §. 1. *Instit. de fideiuss. in l. 1., & 2., & l. græc. §. 1., & 2. l. fideiussor obligari §. fideiussor, ff. de fideiuss.*, hocque expressè sentiunt, *Antonius Gomez 2. var. c. 13. n. 1., Molina disp. 539. verb. pro quouis autem, Filliucius tract. 38. c. 8. n. 532., Siluester verb. fideiussor n. 2., Ognate tract. 18. disp. 52. sect. 3. n. 45.*; quod etiam supra nos latè commendauimus. Conuentus igitur fideiussor actione ciuili persoluit creditori integrum debitum sui principalis, cui se adiecit. Hic oritur ratio dubitandi, an fideiussor, qui ita conuentus persoluit, habeat aliquam actionem ciuilem aduersus eum, pro quo persoluit, ad repetendum solutum. 1

Fideiussor obligatur, & naturalitèr, & ciuilitèr, quamuis principalis obligetur, tantùm naturalitèr.

2 Duplex hic examinabitur articulus ad pleniorem discussionem dubij propositi. Primus erit, an talem actionem habeat, quantumuis ille, pro quo accessit, & pro quo soluit, adhuc non sit sui iuris, cum adhuc sit minor, vel pupillus, vel plenam non habeat bonorum suorum administrationem, cum adhuc sit prodigus. Secundus erit, an saltem habeat talem actionem, si ille, pro quo accessit, & pro quo persoluit, factus sit sui iuris, & plenam habeat bonorum suorum administrationem, quatenus non amplius sit minor, nec prodigus.

Duplex sensus controuersiæ.

3 Respondeo primò, si ille, pro quo fideiussor accessit, & pro quo, persoluit debitum; est adhuc pupillus, vel prodigus, nullam habet fideiussor actionem ciuilem ad repetendum ab eodem solutum *Ognate d. disp. 52. sect. 3. num. 45.* Ratio esse potest

Si fuerit adhuc pupillus non tenetur actione ciuili.

potest primò, quia ille, pro quo accessit, non potuit obligari ciuilitèr versus principalem creditorem, sed ad summum naturalitèr, vt est in confesso apud omnes, ergo nec poterit obligari ciuilitèr, sed ad summum naturalitèr versus suum fideiussorem, qui pro ipso accessit. Consequentia tenet, quia ratio, quæ eximit pupillum, seruum, Religiosum ab obligatione ciuili versus creditores, seu contrahentes cum eisdem contractu oneroso, eximit etiam eosdem ab obligatione ciuili versus suos confideiussores; hoc etenim est ratione status talis, qui ex dispositione iuris ciuilitèr nequit obligari, cum iura contractibus eorum non assistant, quantumuis, nec etiam quandoque resistant. Ratio esse potest secundò, quia non potest esse maius ius in fideiussore, qui soluit creditori pro obligato tantum naturalitèr, ac sit ius creditoris, qui tradidit bona sua eidem tantum naturalitèr obligato; nam, si ille pro isto soluit, hic eidem sua bona contulit, & quodamodò fideiussor agendo pro repetendo soluto versus eundem naturalitèr obligatum, agit in virtute iuris creditoris sibi virtualitèr cessi, ergo, si ipse creditor non habet actionem ciuilem aduersus ipsum, nec fideiussor, qui quodamodo in virtute eiusdem creditoris agit propter ius sibi virtualitèr cessum, habere poterit aduersus eundem actionem ciuilem. Ratio esse potest tertiò, quia, si ipse fideiussor immediatè aliquo titulo oneroso conferret illam pecuniam ipsi pupillo, prodigo, seruo, seu Religioso, nullam acquireret aduersus eundem, seu eosdem actionem ciuilem, vt videre est etiam in ipso creditore tali titulo tradente eisdem pecuniam, ergo; etiam si nomine eiusdem, seu propter eiusdem obligationem eandem tradat creditori, non poterit eandem actionem ciuilem aduersus eundem acquirere.

Ratio, quæ eximit ab obligatione ciuili versus creditore, eximit etiā versus fideiussorem.

Idem ius est in fideiussore, ac in creditore.

Soluens immediatè pupillo non obligat ipsum ciuilitèr.

Neque obesse potest, si asseratur, quod fideiussor comparatione eius, pro quo se obstringit, subeat rationem mandatarij, & ille, pro quo se obstringit, subeat comparatione eiusdem fideiussoris rationem mandantis *l. si remunerandi, §. si passus, & l. si pro te, ff. mandati, §. si quid instit. de fideiuss.*, ergo vtique fideiussor habebit aduersus eum actionem mandati, quæ vtique ciuilis est, non merè naturalis; Non, inquam, obesse potest, quia, quantumuis actio mandati ex genere suo sit actio ciuilis, non tamen talem actionem habet mandatum, quod habetur per non habentem potestatem se ciuilitèr obligandi; sicuti actio, quæ prouenit ex emptione, & venditione, alijsque contractibus nominatis est regularitèr ciuilis, non tamen obligat ciuilitèr non habentes potestatem tali iure se obligandi.

Nō semper mandatum coniungitur cū actione ciuili.

Respondeo secundò, quantumuis ille, pro quo fideiussor intercesserit, factus fuerit sui iuris, habeatque plenam bonorum suorum administrationem, non propterea potest actione ciuili per fideiussorem conueniri, si pro tempore, pro quo contraxit, non potuit obligari, nisi naturalitèr. Ratio esse potest, quia actiones, & obligationes vim habent à consensu, qui præstatur pro tempore, pro quo celebratur contractus, sed pro illo tempore, pro quo contractus fuit celebratus, quoad actiones efficaces, & ciuiles, nullius erat roboris, & validitatis per ea, quæ supra dicta sunt, ergo nec potest esse alicuius roboris adueniente tempore, pro quo contrahens factus est sui iuris, nisi accesserit nouus vtriusque contrahentis consensus, per quem de nouo constituatur, quia, quod in radice, seu origine sua inualidum est, non potest tractu temporis conualescere per vulgatissima iura. Accedit, quod iura statuentia contractus minorum nullam aduersus ipsos parere actionem ciuilem, respexerunt indemnitatem potissimum ipsorum, ne ex indeliberatione propter ætatem, vel ex subiectione eisdem damnum aliquod ex proprijs contractibus contingeret, sed hoc damnum ex his titulis contingeret ex ipso contractu, pro quo celebratur, ergo pro illo tempore inualidat quoad actiones efficaces, & ciuiles, adeoque non potest postea reualidari, nisi ex mutuo contrahentium consensu.

Actiones vim habent à consensu pro tempore, quo præstatur

Quod in radice inualidum est, non potest tractu temporis conualescere.

---

§. IV.

An iussus fideiubere pro absente actionem habeat contra mandantem tantum, an verò contra eum, pro quo iussus fideiussit.

SVMMARIVM.

Exponitur difficultas in casu particulari. 1.
Variæ considerationes circa casum. 2.
Si fideiussio non cesserit in vtilitatem absentis, fideiussor habet tantum actionem mandati versus mandantem, non aduersus absentem, pro quo accessit. 3.
Si fideiussio cesserit in vtilitatem absentis potest agere aduersus ipsum actione negotiorum gestorum. 4.
In data suppositione conuenientius prius ageret aduersus eum, pro quo soluit. 5.
Fideiubens ex mandato vnius pro altero præsente, & tacente obligat ipsum actione mandati, secus, si pro præsente, & contradicente. 6.

DX

1 *Expositio casus in suis terminis.*

Disquisitio IV. Debitor supponitur Cajus versus Sempronium de summa librarum Imperialium mille. Cum longè abesset Caius, praecepit Octauius Demetrio, vt fideiuberet apud Sempronium creditorem pro eodem Caio absente, quod certè Demetrius praestitit. Elapso tempore, pro quo dictum fuerat, solutionem faciendam, Demetrius conuentus soluit summam pro qua fideiussit. Hic orta fuit controuersia, an Demetrius, qui de mandato intercessit pro absente, habeat actionem contra mandantem, an verò contra eum, pro qua fideiussit.

2 *Nonnulla considerabilia ad rem praesentem.*

Considerandum est inprimis, an fideiussio cesserit in vtilitatem eius, pro quo facta est, quatenus ipse revera fuerit debitor, & ex solutione facta per illum fideiussorem fuerit liberatus à debito, quo premebatur versus creditorem, an verò eidem non profuerit, quatenus non esset debitor, vt circumferebatur, & per consequens non fuerit ab aliquo onere, quo premeretur, liberatus. Deindè etiam considerandum est, quando re vera fideiussio cesserit in vtilitatem eius, pro quo fideiussor ipse accessit, an aequè primò possit agere contra vtrumque, an verò seruato quodam ordine prioritatis, & posterioritatis, & an eadem actione, an verò diuersa, & quanam.

3 *Agit solummodò contra mandantem.*

Respondeo primò, si fideiussio non cesserit in vtilitatem eius, pro quo fideiussit, fideiussor ipse habebit praecisè actionem mandati, vt mandatarius versus mandantem, nullam verò versus eum, pro quo dicitur fideiussisse *Molina tract. 2. de iust. disp. 544. vers. illud est obseruandum*, & quidem expresso iuri innititur responsio *in l. qui fide ff. mandati*, vbi dicitur, quod habeat ratione solutionis actionem praecisè contra mandantem, & etiam rationi, quandoquidem, nec mandatum recepit ab eo, pro quo fideiussit, cum supponatur absens, & ignorans, & sic aduersus ipsum non potest agere actione mandati per dictum textum *in l. qui fide*; nec vtiliter ipsius negotium gessit, cum ex illa solutione nihil vtilitatis in fauorem eius emanauerit, ergo nulla actione versus fideiussorem ipse tenebitur.

Nec egit ex mandato, nec vtilitèr gessit negotium absentis.

4 *Agit actione negotiorum gestorum si fuerit vtilis fideiussio.*

Respondeo secundò, si fideiussio cesserit in vtilitatem eius, pro quo, licet absente, & ignorante accessit, tunc fideiussor agere poterit actione mandati versus mandantem, & actione negotiorum gestorum aduersus eum, pro quo fideiussit *Molina loc. cit. & disp. 139. vers. item illud est obseruandum*, hocque non solum euincitur ex illo textu *in l. qui fide, ff. mandati*, vbi dicitur. *Quod si pro inuito, vel ignorante alterius mandatum secutus fideiussit eum solum conuenire potest, qui mandauit, non reum premittendi*, quem textum explicans *Glosa in verbo non etiam reum* asserit, quod eundem non possit conuenire *actione mandati, sed actione negotiorum gestorum*. Non, inquam, solum ex illo textu euincitur, sed etiam expressius *ex l. mandato, §. vlt. ff. mandati*, vbi sic legitur. *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit, nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.*

Iura intentum euincentia

Haec adeo clara sunt, vt vlteriori non egeant discussione. Solum dubium aliquod est dirimendum, quando ille, pro quo fideiussor ex mandato alterius intercessit, non solum supponitur ignorans de tali fideiussione, sed etiam inuitus, an, inquam, in hac hypothesi, si fideiussor pro eodem soluerit, & solutio cesserit in eiusdem vtilitatem adhuc possit aduersus eundem agere actione negotiorum gestorum. Crederem, adhuc posse eundem tali actione negotiorum gestorum conuenire, si tamen eidem non innotuerit reluctantia, quia potest vnus pro altero inuito soluere *l. cum pecuniam, ff. de negot., & in l. soluendo, ff. de negot. gestis*, vbi habetur, quod *naturalis simul, & ciuilis ratio suadeat alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inuiti quemque facere posse*, & ex tali solutione vtilitas emanat, vt supponitur, in fauorem eius, pro quo fit solutio, ex quo resultat actio negotiorum gestorum, vt sibi tantundem restituatur *l. si quis absentis, ff. de negot. gestis & l. cum pecuniam, ff. eod.*

Vnus potest pro altero inuito soluere.

Respondeo tertiò, data suppositione iuxtà mox expositam responsionem, quod fideiussor possit agere, & contra mandantem actione mandati, & contra eum, pro quo fideiussit, & soluit actione negotiorum gestorum probabilius est, debere prius conuenire eum, pro quo fideiussit, & soluit, si commodè potest, quamuis sit valdè etiam probabile, quod asserit *Molina d. disp. 544. vers. illud est obseruandum*; nempe posse indiferentèr pro libertate conuenire, quem voluerit: Ratio nostrae responsionis ex eo deduci potest, quia fideiussio respicit vltimum debitum, & solutio fit in fauorem debitoris, qui liberatur versus creditorem per illam solutionem ab onere, ergo ipse primo loco conueniendus est seruata regula generali, quod prius sit conueniendus, qui tenetur ratione rei, seu vtilitatis ex illa resultantis. Accedit; quod solutio per ipsum fideiussorem praestita fit nomine principalis debitoris, & ad sanandum ipsius debitum; Neque obesse potest; si asseratur, quod actio mandati fortiùs, & strictiùs obliget, quam actio negotiorum gestorum, quandoquidem illa acquiritur interueniente consensu mandantis, ista verò etiam ignorante eo, cuius negotia geruntur; Non, inquam, obesse potest, 5

In ea suppositione prudentiùs priùs ageret contra eũ pro quo soluit.

Solutio respicit vltimato debitum.

Ordo solutionis non desumitur à fortiori iure.

quia

quia ordo folutionis, feu exigendi folutionem non defumitur à fortiori, vel laxiori modo obligationis, fed à modo, quo contrahitur debitum, fecundum quod res cedit in vnius, vel alterius vtilitatem, vel quod debitum trahit originem, fic fi v. g. fideiuffor fe obliget erga creditorem non folum actione perfonali, fed etiam reali hypothecaria pro debitore principali, qui hypothecaria non obligatur pro illo debito, fortiùs certè obligatur, quam ipfe principalis debitor, & tam nemine difcrepante priùs excutiendus eft ipfe principalis debitor, quam fideiuffor.

Exemplũ aptum ad rem præfentem.

Pro complemento ex occafione hic examinandum remanet, quid iuris, quando vnus ex mandato alterius fideiubet pro altero præfente. Cum diftinctione refpondendum exiftimo; vel enim ille, pro quo hic fideiubet, fcit, & tacet, & non contradicit; vel inuitum fe exhibet, & contradicentem. Iuxtà primum fenfum exiftimo, illum, qui fic tacet, obligari actione mandati, quia eo ipfo mandare cenfetur *l. fi remunerandi, §. paffus, ff. mandati*. Ibi. *Si paffus fim aliquem pro me fideiubere, vel alium interuenire, mandati teneor*. Idem habetur *in l. qui fide iuncta glosa ibidem, ff. eod., & in l. fi quid inftit. de fideiufs.* Iuxta fecundum fenfum exiftimo abfolutè, nec teneri actione mandati, nec actione negotiorum geftorum. Hoc exprefse colligitur ex textu *in l. fi pro te præfente, ff. mandati*, vbi fic legitur; *fi pro te præfente, & vetante fideiufferim, nec mandati actio, nec negotiorum geftorum eft*. Neque ijs, quæ hic dicuntur, obfiftunt ea, quæ dicta funt in verf. præcedenti, *hac adeò clara funt*, quandoquidem ea procedunt de debitore abfente, & licet inuito, cum ignorantia tamen fideiufforis, hæc autem procedunt de creditore præfente, fciente, & exprefsè contradicente.

6 Fideiuffor ex mandato vnius pro alio præfente, & tacente obligat ipfum actione mandati, fecus contradicentem.

---

§. V.

De Fideiuffore pro minori, vel maiori quantitate, ac fuerit per debitorem rogatus.

SVMMARIVM.

Facti feries, & articuli examinandi. 1.
Si fideiuffit in minus, obligatur efficacitèr verfus creditorem, & obligat fibi debitorem. 2.
Fideiubens in plus, ac fuerit rogatus, obligatur pro fumma rogata, non pro exceffu. 3.
Fideiuffio quoad exceffum non tenet. 4.
Si debitor fuerit ex vna caufa obligatus pro mille, & pro alia etiam ex mille, & fideiuffor fuerit rogatus pro mille ex prima caufa, qui tamen promiferit pro bis mille, hic non obligat actione mandati debitorem ad illum exceffum, obligat tamen ex vi negotiorum geftorum, fi illa fideiuffio cefferit in vtilitatem debitoris. 5.

DIfquifitio V. Conftitutus fuerat Francifcus erga Caium debitor de fumma librarum mille imperialium, cumque anceps effet Caius de futura folutione petijt ab eodem Francifco, vel fideiufforem, vel pignora. Ad munus fideiufforis præftandum rogauit Francifcus Octauium, qui, vel acceffit pro fumma librarum tantum quinque centum, vel fortè etiam ex errore, vel alio quocunque modo pro libris bis mille. Hic controuertendum remanet primò, an in fuppofitione, quod fideiufferit in minus, quam fuerit mandatum, pro illo minori obligetur verfus creditorem, & obliget debitorem verfus fe ipfum. Secundò in fuppofitione, quod in plus fideiufferit, ac fuerit rogatus, an pro illo pluri obliget eundem debitorem. Tertiò, an in ea hypothefi ipfe efficacitèr obligetur verfus creditorem pro tota illa fumma, pro qua acceffit.

1 Sinopfis controuerfiæ, & articulorum examinandorum.

Refpondeo primò, in hypothefi, qua fideiufferit in minus, efficacitèr obligatur pro illa quantitate, pro qua accefsit, & etiam efficacitèr actione mandati obligat principalem debitorem mandantem. *Bartolus in l. rogatus, & ibi Glosa, ff. mandati Iulianus lib. 3. ex Minifio*. Exprefsè colligitur *ex d. l. rogatus*, vbi fic legitur. *Rogatus, vt fideiuberet, fi in minorem fummam fe obligarit, rectè tenetur*; nec fanè incongrua ratione hoc decernitur, quandoquidem in mandato maioris fummæ continetur, & minor *l. 1. §. fi ftipulanti, ff. de verb. obligat. c. 1. de arbitr. lib. 6., Baldus conf. 307. verf. in contrarium lib. 1., Ptchardus ad §. praterea nu. 8. inftit. de inutil. ftipul., Seraphinus decif. 267. n. 4., Aloyfius Riccius in collect. decif. 1635.* Neque obeffe poteft textus *in l. fi decem 54. in princip. ff. locati*, vbi difpofitio concepta fub maiori fumma non verificatur in minori. Non, inquam, obeffe poteft, quia talis difpofitio intelligenda eft dumtaxat, quando verifimilitèr apparet rogantem de tali maiori fumma voluiffe folummodò illam determinatam, non aliam minorem, quod non euenit de difpofitione, de qua loquimur, fecundum quam apparet confenfiffe minori. Deindè textus *in d. l. fi decem, ff. locati*, verificatur folummodò in caufis onerofis refpectu petentis, non autem in fauorabilibus eidem, & lucratiuis, prout intelligit *Bartolus in d. l. 1. §. fi ftipulati, ff. de verb. oblig., Antonius Gomez tom. 2. var., vbi de contrac. c. 9. n. 4., Emanuel Cofta lib. 1. lect. c. 2. n. 1.* Quis autẽ ambigit, fideiuffionem effe fauorabilem, & lucratiuam

2 Fideiubens minus, & obligatur, & obligat.

In sũma maiori continetur minor.

tiuam respectu debitoris rogantis pro illa?

3 Obligatur tantū pro sūma rogata.

Respondeo secundò. In suppositione, quod in plus fideiusserit, ac fuerit rogatus, obligatur quidem, & obligat pro summa rogata, non autem pro excessu suprà rogatum. DD. citati pro præcedenti responsione. Expressè colligitur *ex dict. l. rogatus, ff. mandati*, vbi sic legitur. *Si in maiorem Iulianus verius putat, quod à plerisque responsum est, eum, qui in maiorem summam, quam rogatus erat, fideiussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset*, vbi Glosa. *Si in maiori quantitate, quam ego mandarim, fideiussit, eatenus tantùm teneor, quatenus mandaui, non in plus.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia consensus ad plus refertur etiam ad id, quod in illo pluri continetur, & qui se obligat ad magis a fortiori videtur etiam obligari ad minus; vndè meritò considerat *Augustinus Barbosa in tom. tract. var. axiom. 215. num. 6.* ad intellectum *dict. l. si decem, ff. locati*, quod, quando à petente exigitur maior summa in contractibus præcipuè onerosis, non intelligatur consensus ad minorem, quando verò maior summa profertur à promittente, vt euenit in præsenti hypothesi, tunc in maiori minor contineatur, quia, si in maiori consensit, à fortiori consentire videtur in minori, si intelligeret debitorem minus velle. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia pro illo excessu debitor rogans, nec obligari potest actione mandati, nec actione negotiorum gestorum; non ratione primi, quia quoad illum excessum nullum supponitur interuenisse mandatum; non ratione secundi, quia per hoc fideiussor non benè gessit negotium principalis debitoris, nec fideiussio in aliquam ipsius cessit vtilitatem, vt per se patet.

4 Fideiussio sine obligatione principali non tenet.

Respondeo tertiò, quod in ordine ad illum excessum fideiussio præstita per Octauium nullo modo teneat, nec obliget ipsum fideiussorem, *Glosa in dict. l. rogatus in verb. si in minorem, ff. mandati, Molina de iust. disp. 139. vers. dixi supra, & nos supra commendauimus.* Ratio est, quia non potest subsistere actio, seu obligatio fideiussoria sine obligatione principali, in qua fundetur per textum *in l. cum lex, ff. de fideiuss., Molina dict. disp. 139. in principio*, & latè fuit suprà probatum, sed quoad illum excessum nulla præcessit obligatio principalis, in qua fundetur, ergo &c., sicuti enim, quando nulla penitùs est obligatio principalis, siue naturalis, siue ciuilis non potest esse obligatio fideiussoria, ità quando non est obligatio principalis quoad excessum, nec quoad illum potest esse fideiussoria, sicuti enim se habet totum ad totum, ita excessus ad excessum *argum. l. quæ de tota.*

Hic oritur ratio dubitandi, an, si debitor ex aliqua causa de summa librarum mille imperialium, & simul ex alia causa de summa aliarum librarum quinquecentum rogauerit Octauium, vt præcisè fideiuberet pro illis libris mille ex causa præcedenti, & iste non rogatus fideiusserit pro libris mille, & quinquecentum efficacitèr obligetur in ordine ad vtrumque debitum erga creditorem, & sibi obliget pro vtroque debitorem principalem. Respondeo, in ratione fideiussionis non subsistere illam obligationem, quàm assumpsit non rogatus pro illo excessu librarum quinquecentum ex alia causa debitarum, quantum ad obligandum actione mandati ipsum principalem debitorem, licet, si conuentus ex se spontaneè illas persoluerit, & solutio cesserit in vtilitatem debitoris, possit aduersus ipsum intentare actionem negotiorum gestorum. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia, quantumuis præcesserit obligatio, etiam quod illas quinquecentum libras imperiales ex alia causa, fideiussor tamen non fuit per debitorem ad illas adhibitus, nec pro illis rogatus, ergo ratione, seu in vim fideiussionis illa obligatio non subsistit, quia obligatio imposita pro vna causa non extenditur ad aliam sine consensu eorum, qui debent concurrere, & quidem, quod fideiussor in vim fideiussionis, & mandati non obliget erga se debitorem, ex eo facilè liquet, quod ad hoc non dedit mandatum; quod autem ex eodem fine ipse non obligetur erga creditorem, ex eo liquet, quia ad hoc non fuit requisitus, nec mandatum habuit, fideiussio etenim ex genere suo tres respicit personas, nempè creditorem, in cuius fauorem fit accessio, debitorem pro quo fit accessio, & fideiussorem, qui accedit; non fit autem accessio pro debitore, nec ad instantiam creditoris, cum nec ille ad hoc rogauerit, nec iste requisierit. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia ex superiùs dictis etiam quis non requisitus potest negotium alterius agere, quod, si cedat in illius vtilitatem, vtique ille tenetur actione negotiorum gestorum, quod potissimum verificatur in hac hypothesi, in qua, si fideiussor soluerit, debitor liberatur.

5 Obligat actione mandati pro mille, pro quibus fuit rogatus.

Itē obligat pro toto, si solutio cesserit in vtilitatē debitoris.

Non requisitus potest negotiū alterius vtilitèr agere.



§. II.

§. VI.

An in fideiussione locum habeat doli exceptio.

SVMMARIVM.

Exponitur difficultas in suis terminis. 1.
Duplex sensus difficultatis. 2.
Subsistente obligatione principalis debitoris fideiussor ex propria causa non potest excipere, quod sine causa accesserit. 3.
Ex causa principalis debitoris potest fideiussor excipere. 4.
Etiam non excipiente principali debitore de dolo, quinimmò inuito potest fideiussor validè, & efficacitèr excipere. 5.

1 Exponitur status difficultatis. DIsquisitio VI. Fideiusserat Caius pro Sempronio debitore in fauorem Demetrij creditoris pro summa librarum mille Imperialium; cumque adueniente tempore solutionis, & Sempronius principalis reus debendi non esset soluendo, conueniretur pro solutione Caius, hic excipiebat, quod dolo circumuentus fideiusserit, quatenus hoc præstiterit sine causa, & sicuti in alijs contractibus, stipulationibus, aut promissionibus locum ex vulgatis iuribus habet eadem doli exceptio, ità sibi suadebat, locum habere in fideiussione per se ipsum præstita. Quæritur modò quid iuris.

Pro solutione videndum est, an fideiussor intendat talem exceptionem ex sui causa præcisè, quatenus subsistente obligatione principalis debitoris, & non admittente talem exceptionem ipse contenderet priuilegium eiusdem sibi prodesse ex eo, quod sine causa accesserit, an verò intendat eandem exceptionem ex causa principalis debitoris, quatenus, si ipse sine causa se obligauerit, & propterea habeat exceptionem doli, & fideiussor præsumat eandem sibi competere. Item quando etiam competeret eidem principali debitori, & non exciperet, an posset idem fideiussor ex se excipere. (2 Secũdum duplicem sensum examinari potest difficultas exposita.)

3 Ex propria causa non potest excipere subsistẽte obligatione debitoris. Respondeo primò, ex propria causa præcisè subsistente obligatione principalis debitoris fideiussorem non posse validè, & efficacitèr excipere, quod se obligauerit sine causa *Molina disp. 539. in princip., Gutierez de iur. confirm. part. 1. c. 47. n. 2., Antonius Gomez tom. 2. var. resol. c. 13. n. 1.* Ratio ex eo deduci potest, quia non alia causa requiritur ad validè, & efficacitèr obligandum fideiussorem, nisi, quod præcesserit obligatio principalis, & quod ipse consensum præstiterit, ergo subsistente principali obligatione, & posito consensu eiusdem fideiussoris ad se obligandum pro principali debitore non erit ratio, cur ipse fideiussor possit excipere. Antecedens probatur, quia inuenta est fideiussoris obligatio ad maiorem firmitatem principalis obligationis, maioremque creditoris securitatem *Instit. de fideiuss. in princip., & §. vltim. in fin. institut. de replicat.*, qua principali obligatione posita, & consensu præstito non est, cur fideiussor possit se retrahere ab obligatione, quam assumpsit, per exceptionem.

Respondeo secundò, ex causa principalis debitoris, seu valente principali debitore excipere de dolo, seu de contractu sine causa potest etiam fideiussor ex eisdem causis excipere. Ità DD. præallegati in prima responsione. Ratio ex eo deducitur, quod supra innuebamus, quod fideiussoris obligatio sit inducta ad magis firmandam obligationem principalis debitoris per superius allegata iura, ergo, si principalis obligatio vacillet, & admittat exceptionem, eandem admittere poterit, & fideiussoris obligatio, quæ commensuratur cum eadem principali, & sicuti, si illa inualida est, ità & inualida est fideiussoris obligatio per supra allegata iura, ità si illa exceptionem admittit, & hæc admittere debet, atque huic rationi consonat textus *in l. si stipulatus esses in princip. ff. de fideiuss.*, vbi sic legitur, *si stipulatus esses à me sine causa, & fideiussorem dedissem, & nollem eum exceptione vti, sed potius soluere, vt mecum mandati iudicio ageret; fideiussori, etiam me inuito, exceptio dari debet.* (4 Ex causa debitoris potest excipere de dolo, & de cõtractu sine causa.)

Respondeo tertiò, etiam non excipiente principali debitore de dolo, seu de contractu sine causa, quinimmò eodem inuito fideiussor potest validè, & efficacitèr excipere, *Bartolus in d. l. si stipulatus esses, ff. de fideiuss., Molina d. disp. 539. in principio.* Ratio ex eo deducitur, quia respicitur causa in se ipsa, non secundum quod intendit ipse debitor, ergo, si causa vigeat secundum se excipiendi, vtique etiam independentèr à voluntate debitoris poterit excipere. Antecedens secundum se patet, quia, si obligatio principalis debitoris secundum se esset nulla, non obligaretur ex illa fideiussor, quantumuis ipse principalis nollet allegare nullitatem, ergo &c. Aliam rationem adducit idem textus *in d. l. si stipulatus esses, ff. de fideiuss.*, qui postquam dixerit *fideiussori etiam me inuito exceptio dari debet* subdit. *Interest enim eius pecuniam retinere, potius, quàm solutam stipulatori à reo repetere*, quoties etenim est causa non soluendi incongruè soluitur, vt repetatur solutum. (5 Potest fideiussor excipere de dolo etiam nõ excipiẽte debitore.)

§. VII.

An pactum vnius fideiussoris præiudicet creditori aduersum alium confideiussorem.

SVMMARIVM.

Synopsis controuersiæ, & examinandorum. 1.
Pactum initum inter vnum fideiussorem obligatum insolidum de solutione quartæ partis, & creditorem, ne conueniretur, tenet ad effectum, vt creditor teneatur agere aduersus alium fideiussorem pro alijs tribus partibus debiti. 2.
Non obligatur tamen creditor ad non cedendum iuribus suis alteri fideiussori; si soluerit tres reliquas partes. 3.

1 Specialis modus, quo fieri intelligitur talis conuentio.

DIsquisitio VII. Tradidit Sempronius mutuos centum nummos aureos Caio, cui pro firmitate contractus, & securitate crediti adiecti fuerunt duo fideiussores, Andræas scilicet, & Franciscus. Vrgente iam die solutionis, cum Caius principalis debitor præuideretur, non soluendo, Andræas, ne conueniretur, conuenit cum Sempronio in hunc modum. Exhibuit eidem Sempronio creditori viginti quinque nummos aureos, ea adiecta conditione, ne actionem aduersus ipsum intentaret. Acceptata hac conuentione, receptisque illis viginti quinque nummis aureis Sempronius conuenit Franciscum alterum confideiussorem, qui excipiebat de pacto inito cum Andræa, ratione cuius non potest amplius idem Sempronius creditor cedere actionem contra fideiussorem liberatum, ad quam certè ipse ius habet per textum *in l. vt fideiussor, ff. de fideiuss.*, & sic contra *l. Stichum, §. si creditor, ff. de solut.* Hic iam controuertitur primò, an illud pactum fideiussoris, qui soluit viginti quinque, ne conueniatur, & solutio per ipsum facta subsistat, adeout ratione eiusdem non possit conueniri. Secundò, quomodo eidem subueniendum sit in iure, quod habet ad cessionem actionum. Tertiò, an creditor, si conueniat Andræam pro illis vigintiquinque, possit repelli doli mali exceptione.

Articuli examinandi.

Pro solutione aduerte, difficultatem procedere ex suppositione, quod vterque fideiussor esset pro debitore obligatus insolidum, & vterque æquè primò; si enim essent obligati solummodò singuli pro rata determinata, difficultas non haberet aliquem locum, nec vllus haberet ius ad cessionem actionum, vt alterum pro sua parte conueniret. His positis.

2 Respondeo, illud pactum initum inter Sempronium creditorem, & Andræam alterum ex fideiussoribus subsistere ad eum effectum, vt creditor possit conuenire Franciscum pro illis septuaginta quinque nummis aureis, qui remanent insoluti. Hoc expressè colligitur *in d. l. si stipulatus esses, §. si ex duobus, ff. de fideiuss.* Quoad difficultates tam in hac responsione propositas, quam quoad alia dubia in facti serie excitata vlteriùs non immoror, quandoquidem de his fusè, & ex professo egi *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs 2. disqu. IV. §. 5. per totum*, ad quem lectorem remitto, ne repetam iam discussa.

Tenet tale pactū, & quomodo.

Difficultas solum aliqua remanet in explicando secundo dubio in eadem facti serie proposito, quomodo scilicet hæc, quæ dicta sunt, compati possint cum iure, quod habet fideiussor conuentus, vt sibi cedantur a creditore actiones, quibus possit impetere alios confideiussores obligatos insolidum. Varijs modis huic difficultati conatur satisfacere *Glosa in dict. l. si stipulatus verb. exceptione, ff. de fideiuss.*, sed ea non procedunt in suppositione, qua vterque in celebratione contractus æquè primò, & insolidum accesserit. Quamobrem assere 3 rem, quod in illa hypothesi, quantumuis creditor ex pacto præcedenti cum Andræa, vi cuius recepit illos vigintiquinque nummos aureos, non potuerit illum conuenire pro reliquo debito, non possit tamen in solutione per alterum confideiussorem conuentum eidem denegare cessionem actionū ad conueniendum alterum, vt tantum retribuat, quantum adimpleat suam virilem partem, sicque cum iam soluerit creditori viginti quinque nummos aureos, soluat modo alios viginti quinque ad implendum virilem partem sibi contingentem. Ratio est, quia pacta inter aliquos inita non possunt præiudicare iuri, quod ex vi prioris contractus acquisiuit, nisi ipse etiam concurrerit; confideiussor autem cum altero obligatus insolidum habet ex genere suo ius cedendarum per ea, quæ superiùs latè probauimus; Neq; dicas, quod, cum creditor ex vi illius pacti initi cum Andræa ipsum liberauerit, nullam habeat actionem aduersus ipsum, quam propterea non potest cedere alteri confideiussori, qui reliquum soluit; contrà enim impugnaberis, quia ius illud est solummodò sopitum in ordine ad ipsum creditorem, non penitùs extinctum quoad alterum confideiussorem, qui propterea ius habet, vt sibi cedatur, & sine tali cessione potest iustè excipere, cum creditor potuerit se obligare in ordine ad se, non in ordine ad alterum ex alio titulo ius habentem. Dici etiam potest, quod ex dispositione iuris ius illud creditoris in suspenso maneat, quousque ponatur integra solutio, & quod posita postea illa so-

Noua difficultas examinanda proponitur.

Tenetur tamen creditor cedere actiones alteri fideiussori.

lu-

lutione transeat in alterum fideiussorem integrè persoluentem, vel quod conditionatè immediatè in ipsum transferatur iure ipso supplente pro concessione talis cessionis, quæ fieri deberet per creditorem.

§. VIII.

An debitor, qui bonis cessit, satisdare teneatur de residuo soluendo, si ad pinguiorem fortunam deuenerit.

SVMMARIVM.

Refertur status disquisitionis. 1.
Summa articulorum examinandorum. 2.
Debitor cedens bonis suis tenetur cautionem conditionatam exhibere creditoribus. 3.
Limitatio, quando bonis cessit cum ignominiosa forma remissiuè. 4.
Cautio debet esse per fideiussionem, non per simplicem repromissionem. 5.
Si tamen commodè potest; cæterum sufficeret iuratoria. 6.
In suppositione, quod debitor deueniret ad pinguiorem fortunam, tam ipse, quam fideiussor non possent conueniri, nisi in quantum possunt, ne egeant. 7.

1 Facti series in suis terminis.

DIsquisitio VIII. Constitutus fuerat Caius versus diuersas personas debitor maximæ pecuniæ quantitatis, cumque ab omnibus, vel à pluribus pro solutione conueniretur, bonis omnibus suis cessit, vt ex illis constituta congrua diuisione creditores sibi inuicem satisfacerent; cumque bona illa non essent sufficientia ad integram singulorum creditorum satisfactionem, creditores ipsi, qui integram satisfactionem consecuti non fuerant, exigebant cautionem ab eodem debitore, qui bonis cesserat; vt si ad pinguiorem fortunam deueniret, residuum solueret. Orta hic fuit controuersia, an debitor in ea hypothesi possit compelli ad satisdandum, seu assignandum fideiussorem.

2 Summa articulorum examinandorum.

Hæc disquisitio multos admittere potest articulos, qui singuli valdè conferre possunt ad præfatam huius materiæ cognitionem. Primus est, an reuera possit compelli ad satisdandum. Secundus, quamnam cautionem ex suppositione, quod obligari possit ad satisdandum, exhibere. Tertius, an, si deuenerit ad pinguiorem fortunam, ipse, vel eius fideiussor conueniri possit pro solido, an tantum in eo, quod commodè facere potest.

3 Respondeo igitur primò, debitorem cedentem bonis suis teneri satisdare, seu cautionem conditionatam exhibere creditoribus suis, vt, si meliorem ad fortunam peruenerit, satisfaciat pro residuo debiti, *Iacobus Menochius de arbit. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 183. n. 120., Petrus Herengius quæst. iur. part. 1. qu. 35. nu. vlt., Ioannes de Gradibus ad Stephanum Rufrer. in addit. ad Capel. Tho. qu. 61. nu. 1., Antonius Heringius de fideiuss. c. 5. n. 84.* Expressè colligitur ex textu *in §. vlt. Instit. de action., & in c. Odoardus de sol.* Nec incongrua sanè ratione hoc decernitur; quandoquidem cessante paupertate cessat, & priuilegium *Menochius cons. 321. n. 32., Alexander Rhaudens. resp. 10. num. 13. vers. quarto moueor lib. 2.*, nam auctis facultatibus non amplius vigent, quæ conceduntur propter inopiam, *l. non tantum, §. eos in verb. nisi facultates eorum adaucta sint ff. de excus. tut. l. iura, §. 1. ff. de muneribus.* — Tenetur satisdare creditoribus.

4 Limitant tamen aliqui responsionem in hypothesi, qua quis bonis cessit cum ignominiosa quadam forma à statutis præscripta, *Bellus tract. de re militari parte 9. tit. de sal. conduct. n. 47., Guido Pap. qu. 347., Menochius de arb. iud. lib. 2. cent. 2. cas. 183. nu. 22.*, vbi etiam adducit rationem, quia ignominia, quæ pœna corporalis est, succedit loco pecuniarij debiti, de qua limitatione alij videant. — Cessio cū ignominiosa forma.

5 Respondeo secundò, cautio, quæ exhibenda est per debitorem in casu cessionis bonorum, non sufficit, quod sit per nudam repromissionem, sed debet esse regulariter per fideiussionem *Glosa in d. c. Odoardus de solut., Neuizanus cons. 59. n. 9., Heringius de fideiuss. c. 5. n. 89. & seqq.* quia, quantumuis cautionis nomine veniat etiam nuda repromissio, quando tamen in iure requiritur cautio idonea, intelligitur de pignoratitia, & fideiussoria, *l. si mandato 59. §. vlt. ff. mandati, l. 4. §. additi, ff. de fideicom. libert., Glosa l. debitor, ff. de iudicijs cap. ex parte extra de verbor. significat., Alexander in l. 1. num. 5. ff. qui satisd. cogant., Alciatus in l. satisdationis num. 2. ff. de verb. significatione, Clarus in §. testamentum qu. 26., Tecchius de iure sistendi cap. 45. nu. 8.*; in dict. autem *cap. Odoardus* requiritur cautio idonea. — Debet esse per fideiussionem.

Intellige tamen hoc in casu, si eandem cautionem fideiussoriam commodè præstare possit, quandoquidem, vt benè notat *Zasius in l. qui cedit vers. sed, an sufficiat, ff. de cess. bon.*, regulariter, qui bonis cedit, non habet facilè, vt inueniat, qui pro ipso fideiubeat; si enim hunc inueniret, non deueniret ad ignominiosam illam bonorum cessionem; quamobrem in eo casu arbitrarer, sufficere cautionem iuratoriam. — Si cōmodè præstare potest.

6 Verum tamen est, quod ex genere suo faciliùs est adinuenire fideiussorem post bonorum cessionem, ac antece-

Si non potest commodè, sufficit iuratoria,

denter ad illam, vt benè notat *Heringius de fideiuss. cap. 5. num. 99.*, quandoquidem fideiussor, qui accessit ante cessionem bonorum quocunque tempore potest conueniri, cum cessionis beneficium ipsi non prosit; qui verò accedit post cessionem eorundem bonorum, non potest omni tempore conueniri, sed tunc solum, quando cedens deuenerit ad pinguiorem fortunam, quod rarissimè euenit, & quando etiam quandoque hoc eueniret, non magno periculo subiaceret fideiussor, quandoquidem haberet regressum ad ipsum debitorem, qui, ex quo factus est pinguioris fortunæ, posset satisfacere. Dixi in responsione, *debere esse cautionem fideiussoriam præcisè*, non quia non sufficeret pignoratitia, sed quia, qui bonis cessit, non habet pignora, quæ possit subijcere, & qui non habet pignora, potest faciliùs res alienas dominorum voluntate nectere per textum *in l. aliena, ff. de pignoratitia act.*, *& l. si fundus, §. 1. ff. de pignor.*

Pignoratitia sufficeret,

Respondeo tertiò. In hypothesi, qua principalis reus debendi, qui suis bonis cessit, deueniret ad pinguiorem fortunam, & fideiussorem præstiterit de residuo soluendo, tam ipse, quam eius fideiussor non posset conueniri, nisi in eo, quod commodè ipse debitor facere potest, *Menochius de arbit. iud. lib. 2. cent. 2. cap. 183. num. 20.*, *Heringius de fideiuss. cap. 5. num. 84.*, quoniam, vt benè notat *Iustinianus in §. vltim. instit. de actionibus*, inhumanum penitùs esset spoliatum omnibus suis fortunis in solidum damnari; vndè iustè poterit detrahere congrua ex suæ personæ conditione alimenta iuxtà textum *in l. 4. ff. de cession. bon.* Ex quo deduc, quod, si ipse principalis reus debendi post factam cessionem bonorum non potest conueniri, si ad pinguiorem fortunam deuenerit, nisi ad quantum commodè facere potest, ità nec ad quid magis possit conueniri ipse fideiussor pro eodem, quandoquidem ad id tantum obligatur, & intelligitur ex propria voluntate obligari, ad quod obligatur principalis; Neque dicas, quod fideiussor obligatus ante cessionem bonorum teneatur ad solidum persoluendum, quantumuis postea debitor bonis suis cesserit, vt infrà in sequenti paragrapho demonstrabimus, ergo etiam fideiussor obligatus post cessionem bonorum obligabitur ad solidum persoluendum, quantumuis principalis debitor non obligetur, nisi in id, quod facere potest detractis sibi necessarijs iuxtà suæ personæ conditionem; contrà enim impugnaberis, quia in primo casu debitor, cui accessit fideiussor, obligabatur in solidum, & pro solido fideiussor accessit, & quidem in casu, quo debitor non esset soluendo, cum fideiussio ipsa ex genere suo hunc casum respiciat; in secundo verò casu fideiussor intelligitur iuxta præsumptum propriæ voluntatis sensum adijci solum pro omni eo, pro quo tenebitur ipse principalis, & non ad quid aliud, adeoque tantum ad id, quod ille commodè potest.

7 Non possunt conueniri, nisi in quantum cómodè possent.

---

§. IX.

An cedente principali debitore bonis suis fideiussor liberetur.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Per cessionem bonorum factam à debitore fideiussor eiusdem non liberatur. 2.
Reijcitur illorum ratio, qui statuunt fideiussorem non deobligari, quia eius obligatio est personalis. 3.
Potest fideiussor agere, vt bona debitoris cedentis vendantur, & creditori ex illis satisfiat. 4.

Disquisitio IX. Premebatur Antonius maximo æris alieni onere, pro quo fideiussores adiecerat in fauorem creditorum. Vrgente iam die solutionis, cum non haberet Antonius, quo posset omnibus creditoribus in solidum persoluere, bonis omnibus suis cessit, ex quo liberatus supponitur ex præallegatis ab onere versus creditores, nisi deuenerit ad pinguiorem fortunam. Hic excitata fuit controuersia, an per liberationem principalis debitoris obtentam per illam bonorum cessionem, intelligantur etiam liberati fideiussores, qui pro eodem accesserunt. 1 Elucidatur status controuersiæ.

Respondeo, per cessionem bonorum factam à principali debitore fideiussores non liberantur ab onere, quod susceperunt erga creditores, *Molina disp. 539. vers. dixi supra*, *Baldus in l. tam mandati, C. de non numer. pecun.*, *Ioannes Bernardinus Muscatellus in pract. fideiuss. part. 2. quæst. 8. num. 21.*, *Siluanus cons. 24. num. 1.*, *Bartolus in l. hæres, §. si stipulator num. 1. & 2. ff. de fideiuss.*, *Colerius de præcept. execut. part. 1. cap. 6. num. 113.* Conantur aliqui hanc responsionem euincere ex eo, quod obligatio fideiussoris sit personalis, adeoque quod cedente etiam bonis suis debitore obligatio fideiussoris permaneat; sed non facilè acquiescerem huic rationi, quandoquidem hac ratione etiam per solutionem liberato debitore, non liberaretur fideiussor, quod est contrà naturam eiusdem, & communem Doctorum consensum,

2 Fideiussor non liberatur.

3

Quam-

Quamobrem ad aliam rationem me confero, quia scilicet fideiussor principaliter ad eum finem adiectus intelligitur, vt, si reus debendi facultatibus destituatur, ipse pro eodem soluat, ergo sic exigente natura, seu fine fideiussionis, quantumuis debitor bonis suis cesserit, non propterea fideiussor liberabitur ab onere assumpto versus creditorem, hocque expresse decernitur in textu *in §. fin. instit. de replicationibus*, vbi sic legitur. *Ecce enim, si debitor bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fideiussoribus non datur*, ibique subiungitur ratio. *Ideò scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, vt cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab ijs, quos pro eo obligauerit, suum consequi.*

Fideiussor accessit pro casu impotentiæ debitoris

Dices, quod exceptiones, quæ competunt reo, debeant etiam competere fideiussori, cæteroqui parum, vel nihil prodessent huiusmodi exceptiones eidem reo, nisi eidem fideiussori competeret, quandoquidem hic posset aduersus eundem reũ regressum habere, sicque quod exceptione hic acquireret, ille replicatione eluderet. Sed contrà, in hac potissimum hypothesi de cessione bonorum non valet præcitata ratio, quandoquidem creditor, qui alios pro reo obligat, hoc maximè respicit, quod, si reus principalis fuerit facultatibus suis lapsus, possit à fideiussore totum suum debitum consequi, nec refert, quod fideiussor possit aduersus reum regressum habere; non refert, inquam, quia ex quo bonis cessit, non potest in eum regredi, nisi postea ad pinguiorem fortunam deuenerit.

Exceptio debitoris in hoc nõ suffragatur fideiussori.

4 Aduerte hic tamen, quod, quamuis fideiussor beneficio cessionis non gaudeat, possit tamen agere, vt bona principalis debitoris diuendantur, & creditori ex illis satisfiat, *Hypolitus in rub. de fideiuss. n. 364., Felin. in c. hi qui extrà de testibus, Rolandus à Valle cons. 87. n. 47. vol. 2., Bertazolus clauf. 43. glos. 7. nu. 1., Albanus in rub. ff. de fideiuss. num. 2.*; congruit enim, ne damnum in omnibus consequatur.

---

§. X.

An exceptio rei iudicatæ contrà creditorem prosit etiam fideiussori.

SVMMARIVM.

Exponitur series facti, & difficultatis. 1.
Exceptio rei iudicata, qua competit debitori, competit etiam fideiussori. 2.
Per rem iudicatam ius creditoris dissoluitur. 3.
Res contra debitorem iudicata ipsum grauat, & fideiussorem. 4.
Officiali liberato ab onere administrationis per Sindicum electum à publico intelligitur liberatus, & fideiussor. 5.
Fideiussor non potest condemnari de iudicato soluendo, quando principalis non potest obligari. 6.

1 Disquisitio X. Constituto Francisco reo debendi in fauorem Ioannis accesserat tanquam fideiussor pro eodem Francisco Andræas; cumque Franciscus contenderet de inualiditate tituli, ex quo constitutus fuerat reus, controuersum est apud Iudicem de tali titulo, sicque in pleno iudicio dictum fuit pro eodem Francisco aduersus Ioannem. His tamen non obstantibus Ioannes actionem intentauit aduersus Andræam fideiussorem, sicque deindè excitata fuit controuersia, an exceptio rei iudicatæ, quæ competit principali reo debendi, competat etiam fideiussori, qui pro eodem accessit.

Factum expositũ in suis terminis.

2 Respondeo, eandem exceptionem rei iudicatæ, quæ competit debitori, competere etiam fideiussori, *Heringius de fideiuss. c. 27. part. 4. n. 16., & seqq., Bartolus in l. fin. ff. de pactis, Albericus de Rosat. in secunda part. statutorum qu. 146., Franciscus Marcus qu. 518. part. 1.*

Competit exceptio fideiussori.

3 Multis rationibus responsio euincitur, & primò, quia per rem iudicatam in fauorem rei ipse reus absolutè liberatur ab onere versus creditorem, iusque istius absolutè dirimitur, cum res iudicata faciat ius irretractabile inter partes *l. eleganter, §. si quis post, ff. de condict. indeb., Crauet. cons. 10. num. 7., Curtius Iun. cons. 26. n. 6. lib. 1., Paris. cons. 23. num. 218. lib. 1.*, ergò etiam liberatur fideiussor, qui pro eodem accessit, nam ablata principali obligatione tollitur etiam accessoria; neque dicas, quod per cessionem bonorum tollitur etiã principalis obligatio debitoris, nec tamen tollatur fideiussoria per suprà allegata, ergo etiam &c.; Contrà enim impugnaberis, quia dispar omninò est ratio in hypothesi rei iudicatæ, ac in hypothesi cessionis bonorum, quia in hoc secundo casu est specialis dispositio iuris fundata in æquitate naturali, prout vidimus in præcedenti disquisitione, adeoque &c.

Per rem iudicatã dirimitur ius creditoris.

4 Secundò argumento à contrario sensu deducto, quia res contrà debitorem principalem iudicata non solùm eundem grauat & ad solutionem compellit, sed etiam subsidiariè eius fideiussorem, *l. à sententia, ff. de appellat., Alberic. de Rosate in dict. 2. part. stat. qu. 146.*, ergo etiam res aduer-

Res contra debitorem iudicata grauat, & fideiussorem.

ius creditorem iudicata non solum prodesse debet quoad exceptionem ipsi principali reo debendi, sed etiam eius fideiussori. Consequentia probatur ex generali regula, quia, quem grauat actio, eundem reuelat exceptio, & æquum omninò est, vt quem sequuntur onera, eum etiam sequantur, & commoda *Bartolus in d. l. fin. ff. de pactis*.

5 *Liberato principali administratore est liberatus, & fideiussor.* Tertiò, paritate etiam euincitur, quia si electus fuerit Sindicus ad reuidendam officialium administrationem, quorum aliquis fideiussionem dederit pro fideli administratione, atque hic fuerit per eundem Sindicum irreprehensibilis inuentus, adeoque ex hoc absolutus, etiam intelligatur absolutus fideiussor, qui pro eodem accessit, adeovt, si accedente nouo decreto Principis, vt iterum reuideantur gesta officialium, & ex eadem reuisione sequatur eiusdem primò liberati condemnatio, fideiussor non amplius teneatur, sed possit exceptione rei iudicatæ se defendere *Bartol. in d. l. fin. ff. de pactis*, *Sebastianus Medices de reg. iur. reg. 4. litt. F. n. 40.*, *Carocius decis. 74. n. 4.*, ergo etiam, si Iudex cognita causa liberarit ab onere principalem debitorem, erit liberatus, & fideiussor, quia in hoc æquiparantur liberatio Sindici electi ad reuidendum, & sententia Iudicis.

6 *Dum nō potest condemnari reus de iudicato soluendo, nec potest fideiussor.* Quartò, quia fideiussor non potest condemnari de iudicato soluendo, quando reus ipse principalis condemnari non potest, *l. vir bonus, ff. iudicatum solu.*, *Crauet. cons. 287. num. 1. vol. 2.*, ergo etiam, si per sententiam absoluatur reus principalis à iudicato soluendo, seu eximatur ab onere soluendi, intelligitur etiam absolutus, & fideiussor, qui pro eodem accesserat, *l. penult.*, *& ibi Angelus*, *ff. iudicat. solut.*, *Socin. Iun. cons. 91. in princip. lib. 4.*

Ex hac responsione, eiusque probationibus multa corrolaria inferuntur, & primò, quod, si principalis reus debendi, non possit ex legitima causa compelli ad iurandum in litem, nec possit ad idem iuramentum in litem compelli eius fideiussor *Natta cons. 202.*, *Heringius de fideiuss. cap. 27. part. 4. num. 25.* Secundò quod, si reus principalis conuentus à creditore coram Iudice absoluatur pro parte, & pro parte condemnetur, & pro parte liberetur fideiussor, & pro parte obligetur *argum.*, *quæ de tot.* Tertiò, quod, si reus principalis absoluatur à soluendo pro certo tempore, & loco determinato, quamuis non absoluatur à soluendo quoad substantiam, ità eodem modo absoluatur, & ligetur ipsius fideiussor, & his similia.

§. XI.

An exceptio compensationis locum habeat in fideiussore.

SVMMARIVM.

Exponitur facti specialis series. 1.
Articuli examinandi circa factum. 2.
Siue reus excipiat, siue fideiussor, exceptio habet potius vim exceptionis, quàm reconuentionis. 3.
Exceptio compensationis, quæ competit reo, competit etiam fideiussori. 4.
Etiam tacente, & inuito debitore potest fideiussor excipere. 5.
Fideiussor potest excipere de compensatione, quamuis reus declaretur in bannum. 6.
Fideiussor potest excipere de compensatione, non solum ex persona principalis, sed etiam ex persona propria. 7.

DIsquisitio XI. Accesserat pro Francisco debitore librarum sex mille Imperialium versus Caium, tanquam fideiussor Theodoricus, cumque vrgeret tempus solutionis, conuenit idem Caius Franciscum principalem debitorem, qui excipiebat, opponebatque titulum compensationis ex alia causa sibi competentem; Hunc titulum validè ei suffragari ad eludendam actionem creditoris docent communiter DD., cum compensatio sit quædam species solutionis, *l. si debitor §. qui pot. in pign. hab.*, *l. amplius, ff. rem rat. hab.*, *l. dedisse, ff. de verb. signific.*, *Sebast. Medic. in tract. de compensat. part. 2 quæst. 31. num. 34.* Modo hic iam controuertitur, an hæc exceptio, quæ dicitur competere principali reo debendi, intelligatur etiam competere, & ipsius fideiussori. 1 *Titulus compensationis validè suffragatur principali reo debendi.*

Ad clariorem huius difficultatis indaginem multa erunt sub præsenti titulo examinanda, & primò, an huiusmodi oppositio siue fiat à principali reo debendi, siue ab eius fideiussore habeat rę vera speciem exceptionis, an potius naturam reconuentionis. Secundò, an fideiussor excipiente debitore possit excipere solummodò, an verò etiam eodem non excipiente, quinimmò inuito. Tertiò ex suppositione, quod possit excipere, an possit excipere solummodò ex titulo, qui est proprius eiusdem debitoris; an verò etiam ex titulo, qui sibi solummodò competit. His positis 2 *Summa articulorum excutiendorum.*

Respondeo primò. Huiusmodi oppositio, ex suppositione, quod fieri possit habet potius rationem exceptionis, quam naturam reconuentionis, nisi proponatur sub titulo eiusdem reconuentionis *Heringius de fideiuss. cap. 27. part. 4. num. 39.*, *Const. elect. saxon. 8. part. 1.*, quidquid di- 3 *Potius est exceptio, quam recōuentio.*

xerint

xerit *Bartolus in l. amplius num. 9. ff. rem rat. hab.* Ratio ex eo deducitur, quod huiufmodi compenfatio objicitur petitioni, vt ea excludatur per textum *in l. 2. ff. de except.* Sed quidquid fit de hoc, cum fit fimpliciter quæftio de nomine, in ipfa immorandum non arbitror.

4 Compẽfatio cõpetit etiã fideiuffori.

Refpondeo fecundò. Exceptio compenfationis, quæ competit reo, competit etiam ipfius fideiuffori *Dynus in §. bonæ fidei num. 12. Inftit. de action., Ronchegal. in l. fi duo rei, ff. de duobus reis, Parifius conf. 121. n. 5. vol. 1., Menochius conf. 110. n. 5. lib. 2., Heringius de fideiufs. c. 27. part. 4. num. 36.* Colligitur primò refponfio ex *l. verum, ff. de compenfat.*, vbi fic legitur. *Verum eft ipfo iure, eo minus fideiufforem ex omni contractu debere, quod ex compenfatione reus retinere poteft;* nec incongrua fanè ratione hoc decernitur, quandoquidem, ex quo titulo liberatur reus, eodem regulariter liberatur, & fideiuffor, cum obligatio iftius fit accefforia illi debitoris.

Hic folummodò oritur difficultas, an, fi fideiuffor adiectus fuerit principali debitori in fauorem creditoris, poftquam erat ex vtraque parte titulus compenfationis, quatenus vnus creditor erat verfus alterum fex mille librarum imperialium, & alter totidem librarum verfus primum, & vtrique fuerit adiectus non oppofito per debitorem titulo compenfationis, an, inquam poffit adhuc fideiuffor opponere exceptionem compenfationis. Cum diftinctione refpondet *Glofa ibidem l. verum, ff. de compenfationibus;* aut enim fideiuffor acceffit pro certa, & determinata fumma, aut in eo, quod reus debet; iuxtà primum fenfum fuftinet, fideiufforem obligari, fed poffe legitimè objicere compenfationem per textum *in l. fi ftipulatus, ff. de fideiufs.* Iuxtà fecundum afferit, non teneri in eo, quod objicitur compenfatio à reo, quia verba cum effectu funt accipienda *l. fi debitor, ff. de verb. obligat.*, cui acquiefco.

5 Poteft excipere, etiam tacente reo

Refpondeo tertiò. Non folum excipiente principali reo debendi poteft excipere fideiuffor, fed etiam eodem tacente, quinimmò etiam inuito. Ità quoad primam partem de eodem tacente *Heringius de fideiufs. c. 20. § 6. n. 4.* per textum *in l. ex perfona, ff. de fideiufs.*, vbi fic legitur. *Ex perfona rei, & quidem inuito reo exceptio, & cætera rei commoda fideiuffori, cæterifque acceffionibus competere poffunt,* quod etiam euincit textus *in l. fi ftipulatus, ff. eodem, & in l. omnes ff. de except.* Ex quibus deducitur exprefsè etiam fecunda pars, quam etiam fuftinet, *Sebaftianus Medices in tract. de compenfatione part. 2. q. 19. num. 1., Baldus in l. Iulianus, ff. de condict. indeb.* Ratio horum omnium ea eft, quia, ex quo titulo liberari poteft reus, liberari etiam poteft fideiuffor, nec reus, qui benefitium recepit à fideiuffore, poteft fubtrahere media, quibus ipfe fideiuffor ex fua perfona poteft liberari.

Hæc adeò vera funt, vt fideiuffor poffit excipere de compenfatione, quantumuis principalis reus in bannum declaretur *Albericus de Rofate in 2. parte flatut. quæft. 92., Nellus in tract. bannitorum part. 1. fecundi temporis qu. 67., Hypolitus in rubr. ff. de fideiufs. num. 271.*, ficuti enim exceptio perfonalis fauorabilis non tranfit in fideiufforem ità nec odium perfonale, *Iulius Scarlatinus conf. 114. num. 14., & feq. inter conf. crimin., Zeleu. vol. 1., Guido Papa fing. 1001.* 6 Excipit etiam fi reus bannatur.

Refpondeo quartò, non folum fideiuffor poteft excipere de compenfatione ex perfona principalis debitoris, fed etiam ex perfona propria, fcilicet ex titulo prouenienre ex propria perfona. Quoad primam partem exprefsè euincitur ex præallegatis iuribus, & rationibus. Quoad fecundam verò fic probatur, quia fideiuffor foluendo eximitur à quacunque obligatione verfus creditorem, ergo etiam opponendo compenfationem, quam habet ex ifto titulo. Confequentia probatur, quia titulus compenfationis æquiualet titulo folutionis, *l. fi debitor, ff. qui pot. in pign. hab.*, & qui compenfat, omninò numerat, & foluit *argum. l. adoptio, ff. de adoption. l. filio, ff. de lib., & pofth.* Accedit, quod, fi reus debendi, & fideiuffor pro ipfo excipiat de compenfatione, auditur per allegata fuperius iura, ergo etiam, fi fideiuffor excipiat de compenfatione ex propria perfona, audiendus erit. Confequentia probatur, quia, ficuti æquè liberatur fideiuffor erga creditorrm, fiue folutio fiat ex pecunia debitoris, fiue ex propria pecunia, ità æquè liberandus eft, fiue compenfatio fiat ex perfona debitoris, fiue ex perfona eiufdem fideiufforis, cum ex fupra allegatis compenfatio æquiualeat actuali folutioni. 7 Etiam ex perfona propria poteft excipere de compenfatione.

---

§. XII.

An exceptio pacti de non petendo competat etiam fideiuffori.

SVMMARIVM.

Controuerfiæ flatus in fuis terminis. 1.
Exceptio de non petendo, quæ competit debitori, competit etiam fideiuffori. 2.
Per fecundum pactum contrarium primo debitor non præiudicat fideiuffori. 3.
Nonnullæ DD. limitationes remiffiuè. 4.

Dif-

1 Exponitur factũ cum rationibus dubitãdi.

DIsquisitio XII. Cum esset Caius reus debendi de summa librarum quinquecentum imperialium versus Octauium, & pro eodem Caio accesserit Theodoricus pactum inijt idem Caius cum Octauio, quod à se non peteretur debitum, ratione cuius pacti aduersus eundem Octauium agentem competit exceptio de non petendo. Rursus his habitis idem Caius pactum aliud inijt primo contrarium, vt ab ipso posset creditor exigere debitum. Hic duplex oritur ratio dubitandi. Prima, an exceptio de non petendo, quæ competit principali reo debendi, competat etiam eius fideiussori. Secunda in suppositione, quod posterius pactum contrarium primo fuerit initum, an adhuc fideiussor possit excipere.

2 Exceptio hec competit fideiussori.

Respondeo primò, exceptionem de non petendo, quæ competit principali reo debendi, competere etiam fideiussori, *Phylip. Corn. cons. 103. n. 1. vol. 3.*, *Heringius de fide iuss. d. c. 27 part. 4. nu. 32.* Colligitur *ex l. exceptiones, §. 1. ff. de except.* ibi. *Item pacti conuenti perpetui, idest ne omninò pecunia petatur*. Hoc idem exprefsè habetur *in §. exceptiones instit. de replicat.*, vbi sic legitur. *Qua ratione, & si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perindè succurrendum esse per exceptionem pacti conuenti illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur*. Nec incongrua sanè ratione hæc decernuntur, quia, sicuti ratio, quæ eximit ab obligatione principali quoad substantiam debitorem, eximit etiam fideiussorem ab obligatione accessoria item quoad substantiam, ità ratio, seu ius, quod eximit eundem debitorem principalem, vel quoad tempus, vel quoad modum, vel quoad aliquam circunstantiam ab aliquo vinculo, quod consurgit, vel ex contractu, vel ex debito, debet eximere, & adiectum fideiussorem à tali vinculo quoad modum, tempus &c., & hoc ad eum effectum, vt accessoria obligatio commensuretur cum principali, nec extendatur vltrà illam.

3 Debitor per secũdum pactum non præiudicat fideiussori.

Respondeo secundò. In suppositione, quod principalis debitor pactum inierit, cum creditore à se non peti pecuniam, quo casu diximus in præcedenti responsione, hanc exceptionem competere etiam fideiussori, si postea idem debitor aliud pactum contrarium primo inerijt, non per hoc præiudicat fideiussori, ne possit talem exceptionem opponere, *Roman. cons. 24. ad fin.*, *Bartholomaus Socin. cons. 91.*, *Incip. concludo nu. 7. vol. 4.*, *Crauetta cons. 106. incip.*, *Honoratus ad fin.*, *Hieronym. Magon. decis. Flor. 110. num. 5.*, *Angusola cons. 22.*, *& materia contractuum num. 2.*, *Ioannes Perus. de monte sperel. in l. fin. ff. de pactis*. Ratio huius responsionis ex eo deduci potest primò, quia per tale pactum primò initum per principalem debitorem cum creditore fideiussor ius acquisiuit, vt per exceptionem de non petendo possit eludere actionem creditoris aduersus se agentis per supra allegata, & probata, ergo eandem poterit opponere, quantumuis principalis debitor aliud pactum primò contrarium inierit. Consequentia probatur, quia ius quæsitum fideiussori non potest nouo actu auferri sine facto eiusdem fideiussoris, quando nouus actus nascitur ex interuallo post ius quæsitum per textum *in d. l. fin. ff. de pactis l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.*, *Antonius Corduba de Lara in repit. l. si quis à liberis, §. item rescriptum nu. 26., & 53. ff. de lib. agnos.*, & quidem congruentèr hæc statuuntur, quandoquidem fideiussor semel liber non potest iterum obligari sine nouo eiusdem consensu *argum. l. obligamur, ff. de oblig.*, *& act.* Secundò, quia pactum, & sententia quodammodò æquiparantur, sicuti igitur ex dictis in præcedentibus, si per sententiam semel liberetur, per liberationem principalis fideiussor non potest amplius idem fideiussor obligari, quantumuis iterum obligetur principalis, ità, si semel per pactum initum inter debitorem, & creditorem liberetur fideiussor per exceptionem de non petendo non poterit amplius sine ipsius consensu obligari, quantumuis ex nouo pacto principalis ipse obligetur.

Pactum, & sententia æquiparantur

4 Limitant hanc secundam responsionem, primò *Bartolomaeus Socinus d. cons. 91. n. 8., 9., & 10.*, *Petrus Ancharanus Regens. in qu. 15. n. 9. lib. 2.*, vt solum procedat in fideiussore contractus, non etiam in fideiussore iudicatum solui. Secundò *Mathesilan. in sing. 105. incipiente nota casum pulchrum*, in casu, quo maior pars creditorum fecerit pactum de non petendo hæredi futuro debitoris. Sed de his videantur huiusmodi Doctores.

---

§. XIII.

An exceptio *competentiæ*, quæ competit principali, competat etiam ipsius fideiussori.

SVMMARIVM.

Exponitur status difficultatis, & quid sit hæc exceptio competentiæ. 1.

Si fideiussor accesserit cum conuentione expressa se obligandi tantùm ad id, quod in resolutione contractus principalis tenebitur,

tur, obligatur tantum ad id, quod tenebitur dempto eo, ne principalis egeat. 2.
Si fideiussor accesserit sine vlla limitatione non gaudet priuilegio sui principalis. 3.
Fideiussor excipiens tanquam defensor principalis debitoris validè excipit, & sibi prodest. 4.
Si excipiat nomine proprio remissiuè ad priuilegium debitoris potest sibi prodesse sub ratione, quod se solum obligauerit implicitè ad normam debitoris. 5.
Cautela pro fideiussore, quando conuenitur à creditore pro solido. 6.

1 Quibus personis competat hæc exceptio.

DIsquisitio XIII. Suppono parentes, liberos, socerum, socium, maritum, militem, & similes personas gaudere priuilegio competentiæ, ne scilicet in plus conueniantur, quam facere possint, ne scilicet postmodum egeant, de quo priuilegio latè alibi locuti fuimus. Hoc posito suppono etiam, quod pro his in celebratione contractus ad firmitatem eiusdem, & securitatem debiti adiecti fuerint fideiussores. Modo iam quæritur, an priuilegium huiusmodi, quod ex dispositione iuris conceditur principalibus huius generis competat etiam eorum fideiussoribus. Secundò ex suppositione, quod huiusmodi exceptio, seu priuilegium ipsius non competat, competat tamen eisdem aliqua cautela, & quænam.

Articuli examinandi.

Pro solutione animaduersione digna erit conuentio, secundum quam fideiussores accesserint; vel enim expresse dixerunt, se solummodò adiici pro eo, quod in resolutione contractus tenebitur ex genere suo principalis debitor, cui adiiciuntur restringendo consensum suum ad obligationem debitoris, vt in euentu executioni mandandam, vel absolutè accesserunt, dixeruntque, se accedere pro omni eo, ad quod debitor tenebitur absolutè nullo habito respectu ad priuilegium principalis debitoris, vel saltem nulla posita particula, per quam respiciatur tale priuilegium, seu exceptio.

2 Nō obligatur, nisi secundū conuentionem.

Respondeo primò. Si fideiussor accesserit voluntate limitata, eaque expressa iuxtà primum sensum in animaduersione expositum, tenebitur solummodò fideiussor ad id, quod commode potest, ne egeat principalis debitor, non quidem ex vi priuilegii competentiæ; sed ex vi specialis conuentionis. Ratio autem ea esse potest, quia fideiussor non potest ad quid amplius obligari, ad quod non extendatur ipsius consensus in celebratione contractus appositus, quia contractus vim sumunt à contrahentium consensu, siue absoluto, siue limitato ad normam eiusdem consensus; sed in data suppositione consensus fideiussoris non extenditur, nisi ad id, ad quod in resolutione eiusdem debitor tenebitur in effectu, qui pro illo tempore supponitur non teneri, nisi ad id, quod potest, detracto eo, ne egeat, ergo, nisi ad illud tenebitur fideiussor, cum ad hoc suum consensum limitauerit. Neque in hoc habere possunt locum ea, quæ in sequenti responsione dicentur, scilicet hoc priuilegium, seu exceptionem, vtpotè personalem non egredi è lumbis principalis debitoris per textum *in l. sunt qui cum seqq. ff. de re iudic.*; non, inquam, habere possunt locum, quandoquidem fideiussor non exciperet in tali casu ex huiusmodi priuilegio, sed ex limitatione proprii consensus, vltrà quem non potest extendi obligatio.

Respondeo secundò. Si fideiussor accesserit sine vlla expressa limitatione voluntatis, seu consensus præstiti in celebratione contractus, vtique non gaudet priuilegio huiusmodi exceptionis, si legitimè conueniatur à creditore pro solutione solidi, *Hypolitus in rub. ff. de fideiuss nu. 173.*, *Petrus de Vbaldis in tract. de duob. fratr. part. 15. princip. nu. 4.*, *Cagnolus in l. Diuus, ff. de reg. iur.*, *Altiatus in l. non potest 117. nu. 3. ff. de verb. signific.*, *Cuiacius lib. 24. obseruat. c. 38.*, *Colerus de processu execut. part. 2. c. 3. nu. 117.*, & nos etiam probauimus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. Prænot. 10. n. 3.* per ibi allegata, & probata. 3 Tenetur ad totum.

Euincitur in primis hæc responsio *ex l. verum in princip. ff. pro socio*, vbi sic legitur, quod priuilegium hoc *summam rationem habeat, vt societas ius quoddam fraternitatis in se habeat, videndum est, an fideiussori socii præstari id debeat, an vero personale beneficium sit, quod magis verum est*, quæ, licet loquantur in casu particulari de fideiussore socii, extendenda tamen sunt ad quemcunque casum, in quo principalis gaudet tali priuilegio, cum hoc sit ratione personalitatis eidem annexum. Deindè expressius *in l. & si fideiussor, ff. de re iudic.*, vbi sic legitur, *si fideiussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere potest, condemnanda est.* Hoc idem statuitur *in l. exceptione 7. ff. de except.*, vbi sic habetur. *Exceptiones, quæ personæ cuiusque cohærent non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens, patronusue non competit fideiussori.*

Iura expressa conuincētia responsionem.

Ratio horum omnium ex eo deducitur, quod attingitur in huiusmodi iuribus, quia scilicet huiusmodi priuilegium ex vna parte omninò personale est, & personas, quibus in indiuiduo quasi concessum est, non egreditur, ex alia

Priuilegium est personale

parte est quasi iniuriosum creditori, ergo, quia personale est, non afficit, nisi personas, quibus conceditur, quia iniuriosum, non debet extendi, sed potiùs restringi.

Dices ex præallegatis, non potest ad quid amplius obligari fideiussor, ac obligetur principalis debitor, ergo non potest obligari fideiussor ad solidum, dum principalis non obligatur, nisi ad id, quod facere potest deducto, ne egeat. Hoc assumptum ex eo euincitur, quod, sicuti non potest esse obligatio accessoria sine principali, in qua radicatur, ità, nec potest esse maior obligatio accessoria cum minori principali; vlteriùs ex eo, quod non potest fideiussor accedere, nisi præcedat obligatio aliqua, quæ vtique non præcedit in debitore ad solidum. Sed contrà, quia ex genere suo, etiam principalis obligatur pro solido, quod, si in executione obligetur tantum in id, quod commodè potest, hoc est ex priuilegio, quod, vtpotè persosonale, non extenditur ad fideiussorem per allegata iura, sicque semper verificatur, quod accessoria obligatio fundetur in principali quoad substantiam, quæ semper remanet, licet quoad executionem ex priuilegio suspendatur.

Quomodo possit per fideiussorem opponi talis exceptio. Pro solutione tamen huius, & plurium difficultatum, quæ ex hoc oriri possunt, & ad intellectionem responsionis in suis terminis aduertendum est, quod titulus, an exceptio talis priuilegij, quæ competit principali, competat etiam fideiussori, secundum duplicem sensum accipi possit; primò, quatenus, dum principalis debitor gaudere potest huiusmodi priuilegio, possit etiam fideiussor ex persona eiusdem debitoris excipere opponendo, quod, si ex priuilegio ipse principalis non tenetur, nisi in id, quod potest deducto ne egeat, ità nec ipse, quantumuis secundum se potens, non teneatur, nisi ad id, ad quod tenetur ipse principalis, & non ad aliud, vt commensuretur accessoria obligationi principali. Secundò, quatenus præcisò etiam, quod non conueniretur principalis debitor qui tamen gaudet priuilegio exceptionis, possit ex persona propria fideiussor excipere ex eo, quod, si solidum persolueret, destitueretur rebus necessarijs iuxtà propriæ personæ conditionem deducto fundamento ex eo, quod, cum ipse accedat principali, sequatur iura, & priuilegia eius, cui accedit.

4 Excipiens defensorio nomine, sibi prodest. Iuxta primum sensum adhuc distinguo, vel enim fideiussor conuentus exciperet, tanquam defensor principalis debitoris, & in persona eiusdem, & sic talis exceptio eidem proderit per textum *in d. l. verum in principio, ff. pro socio*, vbi sic legitur. *Sed si hic fideiussor tanquam defensor socij iudicium susceperit, proderit sibi*; non enim tunc agit, vt fideiussor, sed nomine principalis debitoris. Recole, quæ diximus *tom. 3. sub tit. Contractus VIII. de Societate prænot.* 10. *num.* 3., vel fideiussor conuentus excipit nomine proprio, & in sua persona, remissiuè tamen ad priuilegium debitoris, & tunc potest gaudere priuilegio huiusmodi exceptionis, si non sub formalitate priuilegij sibi competentis, saltem sub ratione, quod ad hoc implicitè solum se obligauerit; hocque consonat cum ijs, quæ diximus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. de Societat. prænot. 10. assert. 2. num. 4. vers. dices, quando debitor, & in hoc quarto tom. sub hoc eodem tit. Contractus XIII. de fideiussione, & assecuratione Disqu. 1. §. 8. vers. respondeo 3.*, cuius dicti ea ratio est, quia fideiussor est potissimum pro casibus impotentiæ principalis debitoris, vel reluctantiæ ad soluendum, quando etiam posset soluere, non pro casibus priuilegiorum ipsius, vndè eo ipso, quod principalis fit impotens, debet fideiussor onus sustinere, cum ad hoc munus fuerit substitutus, eo autem ipso, quod pro parte vtitur priuilegio sibi à iure concesso, fideiussor ab onere eximitur, cum hic non intelligatur datus pro casibus eorundem priuilegiorum, &, sicuti fideiussor censetur liberatus per sententiam latam pro reo per alibi allegata, ità censetur liberatus per priuilegium eidem reo concessum, cum priuilegium æquiualeat sententiæ. 5 Fideiussor accessit pro casibus impotentiæ, non priuilegiorum. Hoc innumeris exemplis potest euinci, & primò in casibus, quibus per Indulta Principum conceduntur Ciuitatibus, & Communitatibus moratoriæ ad soluendum, tunc enim creditores non possunt agere aduersus fideiussores earundem Communitatum, vt soluant ante tempus prorogatum, secundò in casibus, quibus eiusdem Principis auctoritate in fauorem, vel Communitatum, vel particularium personarum reducerentur annui census ad minorem summam, tunc etenim etiam censualistæ actiui, seu emptores huiusmodi censuum, non possunt agere aduersus fideiussores passiuorum, seu venditorum eorundem, vt soluerent census ad integritatem; Exempla fauentia nostræ explicationi. Neque dicas, hæc aduersari ijs, quæ mox diximus, quod scilicet hoc priuilegium, vtpotè personale non competat fideiussoribus eorum, qui gaudent tali priuilegio, cum non esset assignabilis casus, quo fideiussores non possent illo gaudere; Contra enim impugnaberis, quia ea, quæ dicta sunt superiùs, intelligenda sunt præcisè in eo sensu, quo fideiussor ex persona propria nullo habito respectu ad principalem debitorem exciperet de tali priuilegio, quatenus si solidum persolueret, constitueretur in statu, quo egeret; tunc etenim non posset excipere, quia

quia ipse non gaudet tali priuilegio; hoc potissimum contingeret in casu, quo principalis debitor, quantumuis idoneus ad solidum persoluendum non constituendo se in statu, quo egeret, effugeret, vel ex nimia potentia recusaret persoluere; tunc etenim, si fideiussor conueniretur a creditore, non posset ex persona propria opponere, quod, si ipse solidum persolueret, constitueretur in statu, quo egeret. Hanc doctrinam singularem existimo, & efficacitèr fundatam in ratione naturali, atque ex hac patet, quid sentiendum sit quoad secundum sensum huius exceptionis suprà propositum.

6 Cautela pro fideiussore conuento pro solido. Respondeo tertiò, etiam in suppositione, qua conueniretur fideiussor pro solido, eidem competere cautelam, vt reo principali, pro quo conuenitur, litem sibi intentatam denuntiet, vt ipse comparea, & exceptionem ex sua persona denuntiet, dicendo sua interesse, ne fideiussor in solidum conueniatur, nam, si condemnabitur, habebit regressum pro toto aduersus eundem principalem debitorem *argum. l. 8. §. si ignorantes in fin. l. idemque §. generalitèr, ff. mandati l. Nesennius, ff. de re iud.* Hanc cautelam expressè ponit *Bartolus in l. verum in princip. ff. pro socio, & in l. & si fideiussor, ff. de re iud., & in l. stychum, §. quod vulgo, ff. de solut.*, & nos etiam commendauimus *dict. tom. 3. sub tit. Contractus VII. de Societate prænot. 10. n. 3. vers. secundus casus*, ad quæ vos remitto; Neque dicas, quod hæc cautela aduersetur superiùs dictis; si enim fideiussor ad se defendendum a solutione solidi exigit, vt litem per creditorem sibi intentatam denuntiet principali debitori, vt ipse ex persona propria excipiat, ergo ipse fideiussor ex sua persona non poterit excipere, quando principalis debitor gaudere potest priuilegio, vt id tantum præstat, quod commodè præstare potest; Contra enim impugnaberis, quia hæc, quæ dicuntur in hac cautela, procedunt dumtaxat in suppositione, qua ex impotentia propria, non ex illa principalis debitoris vellet se munire aduersus creditorem. Deindè dici potest, quod hæc cautela ponatur ad melius esse.

Instantia eiusque solutio.

---

§. XIV.

An priuilegiatus gaudeat tali priuilegio etiam aduersus proprium fideiussorem.

SVMMARIVM.

Exponitur, in quo sensu sit accipiendus titulus. 1.

Si fideiussor soluerit pro principali solidum, non potest debitor excipere de tali priuilegio. 2.

Priuilegium debitorum non extenditur ad fideiussores. 3.

Instantia efficax aduersus responsionem, eiusdemque solutio. 4.

Disquisitio XIV. Ex aliquo titulo ex suprà enumeratis, quibus ex dispositione iuris annexum est priuilegium, ne in plus teneatur, quam commodè facere potest, ne egeat, debitor erat Caius de summa librarum mille versus Theodoricum, & in securitatem adiectus erat Antonius tanquam fideiussor. Intentata fuit per creditorem actio aduersus fideiussorem pro solido, qui litem sibi intentatam denuntiauit Caio principali debitori, vt ex persona propria exciperet, seque ab instantia vindicaret. Renuit onus assumere Caius, sicque Theodoricus fideiussor coactus fuit solidum persoluere. Fideiussorem in hac hypothesi habere regressum aduersus debitorem deducitur *argum. dict. l. 8. §. si ignorantes in fin., & in l. idemque, §. generalitèr, ff. mandati l. Nesennius ff. de re iud., Castrensis in l. maritum nu. 10. ff. solut. matrim., Immola in l. non tantum, ff. de re iud., Heringius de fideiuss. c. 27. part. 4. nu. 81.*, & nos etiam docuimus *tom. 3. sub tit. Contractus VII. de Societate Prænot. 10. nu. 3. vers. secundus casus*. Hic iam controuertitur, an idem fideiussor habeat regressum aduersus Caium principalem debitorem pro solido, quod ipse soluit; an verò etiam in hac hypothesi principalis debitor habeat priuilegium, vt in eo tantum possit conueniri per fideiussorem, in quo potest deducto, ne egeat. 1 Facti series exposita.

Respondeo, Caium principalem debitorem conuentum à fideiussore, qui solidum soluit, non posse aduersus eundem excipere de tali priuilegio *Heringius de fideiuss. d. c. 27. part. 4. nu. 81., & seqq., Antonius de Gamma in decis. Lusit. decis. 25., Francus de fideiuss. c. 3. nu. 124., & seqq., Matth. Cuno lib. 1. de pactis c. 6. nu. 291.*, & nos etiam docuimus *dict. tom. 3. loc. cit.* Ratio potest esse primò; quia æquum non est, quod ex beneficio, quod fideiussor præstitit in fauorem debitoris, damnum, & iacturam reportet, quod, seu quam vtique consequeretur, si solidum persolueret, & pro solido non haberet regressum aduersus eum, pro quo soluit, eo quia hic posset excipere. Secundò, quia inanitèr iura præciperent, vt principalis reus debendi monitus de lite per creditorem intentata aduersus fideiussorem in se assumeret onus comparendi, & obijciendi ex persona propria talem exceptionem ea ratione, ne postea ipse conueniatur à fideiussore, & iudicio

2 Non excipit cōtra fideiussorem repetentē solutum.

Ne ex beneficio damnum referat.

 man-

mandati solidum soluere rursus sit obstrictus, vt habetur *d. arg. l. 8. §. si ignorantes, ff. mandati*, *& l. Nesennius, ff. de re iud.*, & sentiunt omnes Doctores præallegati, si aduersus fideiussorem conuenientem posset excipere de tali priuilegio, ergo quia aduersus talem fideiussorem non gaudet priuilegio talis exceptionis. Tertiò, quia priuilegia, vtpote stricti iuris semper sunt strictè interpretanda, nec extendenda vltra id, de quo iura disponunt, sed huiusmodi priuilegium per iura conceditur in ordine ad principales debitores, qui ex propria causa non tenentur, ergo non est extendendum ad fideiussores, qui ex propria causa non tenentur, sed solummodò ex causa eorundem debitorum, pro quibus persoluerunt. Quartò, quia priuilegium

3 huiusmodi, quod ex speciali iuris dispositione conceditur debitoribus, non extenditur ad eorum fideiussores per superiùs allegata iura, & DD. ergo, nec tale priuilegium debet extendi aduersus eosdem fideiussores, qui obligantur ex causa principalis debitoris; incongruum etenim videtur, quod ex eodem titulo assumat onera, quæ ex eodem oriuntur, & non acquirat iura, quæ ex eodem consequuntur.

Iniquum est, vt ex titulo aliquo assumat onera,& non acquirat iura.

Dices, fideiussorem per solutionem so-
4 lidi non acquirere aduersus principalem reum debendi maius ius, ac habuerit creditor aduersus eundem, cum per solutionem succedat quodammodo in ius eiusdem creditoris, sed debitor aduersus creditorem per superius allegata iura iustè potest excipere de tali priuilegio, ergo etiam iustè, & legitimè poterit excipere aduersus fideiussorem. Sed contra, quia fideiussor etiam independentèr à cessione actionum ex motiuo præcisè solutionis factæ in fauorem debitoris ex onere assumpto in fideiussione potest agere aduersus debitorem, pro quo soluit, licet non possit sine tali cessione agere aduersus alios confideiussores, & ius, quod ipse acquirit ex tali solutione, commensuratur ad id, quod ipse ex tali titulo persoluit, non ad id, quod ex priuilegio debitoris potuisset non exigere creditor, & debitor eidem non persoluere; semper etenim verificaretur, quod ipse fideiussor totum persoluerit intuitu principalis debitoris, qui per consequens teneretur per restitutionem solidi ipsum indemnem seruare, & constituere, & debet sibi imputare, quod ipse non exceperit ex persona propria, & iudicium in se ipso assumpserit iuxtà normam præscriptam in præcedenti cautela in præcedenti disquisitione in fine.

Fideiussor non ageret dependentèr à cessione creditoris,

§. XV.

An exceptio declinatoria fori competat etiam fideiussori.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series. 1.
Sententia asserens talem exceptionem competere etiam fideiussori. 2.
Verius est hanc exceptionem non competere fideiussori, 3.
Est priuilegium personale. 4.
Solutio aduersorum obiectorum. 5.

Disquisitio XV, Constitutus fuerat Titius Clericus debitor de summa centum aureorum versus Theodosium laicum, pro cuius securitate adiecerat etiam Sempronium fideiussorem item laicum pro tota illa summa, & fortè etiam pro interesse illius. Contigit, vt Titius pro tempore conuento non solueret debitum, vel interesse statutum; quamobrem Theodosius ipsum conuenit coram laico tribunali, qui per consequens immediatè excepit de incompotentia Iudicis. Ad eludendam hanc exceptionem idem Theodosius coram eodem Iudice, seu Tribunali laico conuenit fideiussorem. Hinc orta fuit controuersia, an exceptio declinatoria fori, quæ competit principali debitori Clerico, competat etiam fideiussori laico. 1

Elucidatur factū in suis terminis.

Videbatur affirmatiuè asserendum ex ea ratione, quia accessorium sequitur forum rei principalis *l. etiam, C. de iure dot. reg. accessorium de reg. iur. in 6., Puteus decis. 1. num. 2. lib. 1. in vtraque edit., Menochius consil. 58 nu. 13. cum seqq., Pichardus ad §. si quis alium n. 32., Instit. de inutil. stipul., Cassanate cons. 55. nu. 39.*, & in specie obligatio fideiussoris habet eandem naturam,& conditionem, quam habet obligatio principalis *Abbas cons. 48. attingam col. 1. vers. nec obstat iuramentum iuncta col. 2. in fin. vers. descendo lib. 1., Card. Tuscus concl. 76. num. 21.*, sicq; questio accessoria causata à principali cognoscitur ab eodem Iudice *Federicus de Senis cons. 236. in princip.* Nihilominùs 2

Accessorium sequitur forum rei principalis.

Respondeo, huiusmodi exceptionem, quæ competit principali debitori, non competere ipsius fideiussori laico *Ludouicus Romanus sing. 627., vel 629., Ioannes de Arnono problem. 79., Cæsar Vrsil. in addit. ad afflict. decis. 206. n. 1., Heringius de fideius. c. 27. part. 4. n. 79., Specul. de compet. Iud. addit. §. regularitèr, Ioannes Faber in auth. statuimus, C. de Episc., & Cler. Hypolit. in rub. ff. de fideius. n. 311., Horat. Carpan. ad Statut. Mediol. part. 1. c. 44. n. 66., & seqq.* Expressè colligitur ex textu *in l. si reus ff. iudicatum solui*, vbi sic legitur. 3

Nō competit fideiussori.

gitur.

gitur: *Si reus post iudicatum solui ab eo satisdationem datam in Magistratu sit, nec inuitus in ius vocari possit, tamen nisi res boni viri arbitratu defendatur, fideiussores tenentur*. Ratio ex ijs deducitur, quæ supra dicebantur, quia scilicet priuilegium personale rei non transit ad fideiussorem per textum *in l. & si fideiussor, ff. de re iudic.*, sed huiusmodi priuilegium, ne Ecclesiasticus trahatur ad forum laicale est priuilegium personale addictum statui Clericali, & Ecclesiastico, ergo nequit transire ad fideiussorem laicalem.

4 Est priuilegium personale

5 Quomodo verificetur, quod accessoriũ sequatur naturam principalis.

Ad ea, quæ pro contraria sententia afferebantur, dicendum est in primis, quod allegata iura, & DD. non afferunt, quod accessorium sequatur forum principalis rei sed tantum, quod accessorium sequatur naturam principalis, quod in multis verificari non renuimus, prout euincunt eadem iura, & DD. Cæterum, quando ex diuerso iudicio proceditur, & ex obligatione assumpta ex proprio consensu, non est aliqua difficultas, quin fideiussor trahi possit ad proprium forum, quantumuis hoc sit diuersum à foro principalis Rei, hocque potissimum verificatur ex præsumpta voluntate creditoris iuxtà naturam, & conditionem eiusdem contractus fideiussionis, secundum quam creditores laicales debitorum Ecclesiasticorum exigunt fideiussores laicales, vt faciliùs eos trahere possint ad proprium Tribunal, & forum, in quo faciliùs possunt consequi suum creditum. Deindè in hoc eodem sensu verificatur, quod obligatio fideiussoris habeat eandem naturam, & conditionem, quam habet obligatio principalis, quatenus ab eodem fonte oritur, idemque principium respiciat, non autem in eo sensu, quod respiciat idem iudicium, si principalis reus, & fideiussor pro eodem sint diuersi fori, & potestatis. Ad illud, quod subditur vltimo locum dicendum est, verificari solummodò, quando quæstio accessoria causatur solummodò incidentèr ex cognitione principalis, secus autem, quando habet originem ex alia ratione independentèr à cognitione causæ principalis, vt euenit in casu nostro, secundum quem obligatio fideiussoria habet originem ex proprio consensu eiusdem fideiussoris, intuitu cuius obligatur.



§. XVI.

An fideiussor, qui soluit solidum, vt possit agere aduersus debitorem, aliosque confideiussores debeat probare solutionem à se factam per aliud, quàm per confessionem creditoris.

SUMMARIUM.

Proponitur status controuersia. 1.
Exponitur sententia Bartoli asserentis non sufficere talem confessionem. 2.
Probatio per confessionem creditoris est sufficiens, vt fideiussor possit agere, tam aduersus debitorem, quam alios confideiussores. 3.
Efficax argumentum desumptum à Bartolo. 4.
Soluitur ratio apposita. 5.

Disquisitio XVI. Conuentus legitimè Caius vnus ex fideiussoribus obligatus in solidum pro Federico per creditorem eidem persoluit solidum; cumque ad repetendum solutum actionem intentaret, tàm aduersus debitorem principalem, quàm aduersus suos confideiussores, excipiebant isti, quod non constaret de solutione per ipsum Caium præstitam creditori, qui replicabat obijciens confessionem eiusdem solutionis receptam à creditore. Quæritur iam, an probatio solutionis per solam creditoris confessionem sufficiat adhoc, vt ipse fideiussor, qui soluit, possit prosequi iudicium, & consequi repetitionem soluti.

1 In quo consistat ratio difficultatis.

Bartolus in l. duobus, ff. de iure iurando, docet expressè, quod adhoc, vt fideiussor habeat actionem mandati, non sufficiat, quod habeat instrumentum, in quo creditor confessus sit se recepisse, sed oportet, vt doceat verè esse solutum; atque hæc sententia videtur in eo iure fundata, quod adhoc, vt fideiussor agat, non sufficit solutio ficta, sed requiritur vera, & realis, vndè dicit *Glosa in dict. l. duobus, ff. de iur. iur.*, quod, si vnus ex fideiussoribus iurauit, se soluisse, non possit adhuc repetere solutum, quia iuramentum habet vim solutionis fictæ, non veræ, & realis. Cum igitur subesse possit dubium in confessione solutionis facta per creditorem, quod illa non fuerit vera, & realis, sed ficta ad eximendum exhibentem talem confessionem ab onere verè, & realitèr soluendi, ideò non videtur talis confessio sufficiens adhoc, vt ille possit agere aduersus principalem debitorem, aliosque confideiussores, sicuti non sufficit iuramentum solutionis præstitum per vnum ex fideiussoribus. Nihilominus

2 Non sufficit solutio ficta.

Iuramẽtũ habet vim solutionis fictæ.

Ref.

3 Est sufficiens probatio ad hunc effectum.

Respondeo, probationem per confessionem creditoris de solutione præstita per vnum ex confideiussoribus obligatum in solidum sufficere; vt ipse agere possit ad repetendum solutum, tam a principali reo debendi, quam ab alijs confideiussoribus *Bartolus sibi ipsi contrarius conf.160., Petrus Duenn. in reg. 317 quart. ampliat., Iason in l. duobus in princip. ff. de iure iur., Matthaeus de Afflict. decis. Neapol.94. num.2., Rolandus à Valle conf.17.nu.9. lib.1., Gutierez de iuram. confirmat. part.1. c.63.n.12., Molina disp.544. vers. dubium denique est in fin.*

Probatur primò, quia talis confessio facta per creditorem fideiussori verè, & iustè prodest reo aduersus ipsum creditorem, quandoquidem ridiculum foret, quod creditor post talem confessionem per se ipsum factam ageret aduersus ipsum reum, vt notat *Bartolus in dict. consil. 160.n.5.*, ergo, & eidem nocere debet ad effectum, vt fideiussor aduersus ipsum agere possit. Consequentia probatur, quia, qua ratione non nocet res inter alios acta, eadem ratione non prodest, & è contra *l. 1., & ibi glos. C. qui res iudicat. non nocet, Bartolus in d. conf. 160. num. 5.*

4 Fines, ob quos fieri potuit confessio creditoris.

Probatur secundò argumento, quo vtitur *dict. Bartolus in d. conf. 160. num.2., & 3.* Creditor, qui confessus est se pecuniam recepisse à fideiussore, vel ideò confessus est, quia verè recepit, vel confessus est spe futuræ numerationis, vel quia voluit ipsi fideiussori donare remunerandi causa, vel tandem, quia simplicitèr, & absolutè gratis nullo præcedenti merito fideiussoris, qui confessionem recepit, voluit donare; si primo modo confessus est, nulli dubium, quin eidem competat actio mandati, ex quo verè satisfecit pro principali debitore, aduersus eundem; neque dicas, quod de hac solutione, seu satisfactione reali non constat; contra enim impugnaberis, quia, quantumuis ex ipsa præcisa confessione non constet, si tamen non exceperit intra triginta dies de non numerata pecunia quoad effectum etiam in ordine ad probationem perindè est, ac si verè posita fuisset solutio *l. in contractibus §. sed quoniam, C. de non numer. pecun.*; si secundo modo, eadem militat ratio, quoniam vera solutio, & confessio de soluto post triginta dies æquiparantur; si tertio modo; adhuc eidem competit actio mandati ad solidam pecuniam consequendam *l. idemque §. fin. ff. mandati*; si tandem quarto modo, tunc verè non competit actio mandati, sed illa donatio sic gratuita, & libera non præsumitur, quia simplicitèr donare est perdere, & nemo præsumitur iactare suas pecunias *l. cum indebito, ff. de probat.*

Debuit excipere intra triginta dies

Donare est perdere.

5 Confessio post triginta dies habet vim realis solutionis

Ad id, quod ex aduerso afferebatur ex *eodem Bartolo* dicendum est, confessionem creditoris post triginta dies habere rationem veræ, & realis solutionis, & esse æquiualentem reali, nec valet paritas de iuramento, quia licet iuramentum obtineat vicem solutionis, non est tamen propriè solutio, *l. quod Nerua, ff. de solut.*, nec est solutionis probatio, vt asserit idem *Bartolus in d. conf. 160. n.4.*; confessio autem solutionis probat solutionem veram, vel saltem interpretatiuam post elapsos triginta dies, in quibus creditor non exceperit de non numerata pecunia, cum nemo præsumatur pecunias suas iactare.

---

§. XVII.

An in electione vnius ex duobus fideiussoribus non idonei detur locus pænitentiæ respectu creditoris eligentis.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series, & rationes dubitandi. 1.

Si ex propriæ voluntatis arbitrio elegerit non habet regressum aduersus debitorem. 2.

Si elegerit ex amici collaudantis suasione non potest etiam agere aduersus debitorem, sed ad summum contra collaudantem. 3.

Si tamen amicus verè collaudauerit. 4.

1 An post electionē detur locus pænitentiæ.

Disquisitio XVII. Franciscus debitor ex summa quinquaginta aureorum versus Meuium eidem obtulit duos fideiussores Andræam, & Antonium, vt sibi eligeret, quem voluerit. Elegit ex propriæ voluntatis arbitrio Andræam omisso Antonio; cumque processu temporis eundem Andræam minus idoneum comperisset, intendebat reuocare sententiam, sibique dari Antonium, qui erat magis idoneus. Orta hic fuit controuersia, an in hac hypothesi eidem creditori competat locus pænitentiæ. Casus proponitur in suppositione, qua creditor ex propriæ voluntatis arbitrio elegerit, nihilominus ad clarioris, & vberioris cognitionis normam, extendetur etiam in suppositione, qua elegerit ex familiaris suasione.

2 Cessat ius vbi spontè elegerit.

Respondeo primò. Si ex propriæ voluntatis arbitrio elegerit, non potest amplius de tali electione pænitere, nec habet regressum aduersus debitorem, vt alterum non electum assignet. *Heringius de fideiuss. cap. 6. num. 28.* Colligitur primò ex *l. statu*

li

liberum 11.; *ff. de legat.* 2. *§. stichum*, vbi dicitur, quod post electionem sola res electa videatur esse in legato, & variare non licere. Secundò *ex l. si quis stipulatus sit* 112. *ff. de verborum obligatione*, vbi sic legitur, *si quis stipulatus sit stychum, aut Pamphilum vtrum ipse vellet quem elegerit, patet, & hic erit solus in obligatione*. Tertiò ex *l. cuius bonis, ff. de curat. furios.*, vbi sic legitur. *Sicut enim integra re potestas ipsorum est, vtrum velint, eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent*; quorum omnium iurium, & responsionis ea ratio esse potest, quia facta electione ex duobus sibi exhibitis, de vno magis sibi beneplacito non est amplius liber ad eligendum, cum libertas iam fuerit consummata in prima electione; vndè in hoc ortum habet illud iuristarum axioma, quod, *semel placuit amplius displicere non potest*, &, quod ante factum est voluntatis, ex post facto fit necessitatis. Confirmari potest ex eo, quod, si creditor in celebratione contractus, ex quo constitutus fuit creditor, exigere potuerit fideiussorem ad firmitatem eiusdem, & ad securitatem proprij crediti, & non exegerit, non possit postea compellere debitorem ad sibi præstandam cautionem fideiussoriam, vt est in confesso apud omnes, ergo, si creditor, vel in celebratione eiusdem, vel post ex duobus fideiussoribus sibi exhibitis per debitorem vnum elegerit, non poterit amplius eodem electo compellere debitorem ad assignandum alterum, quem non elegit. Ratio consequentiæ ea est, quia in tantum celebrato contractu, & non assignato fideiussore non potest postea creditor eundem exigere, quia per non exigentiam illius, cum iam contractus fuerit consummatus, videtur cessisse suo iuri ad exigendum eundem fideiussorem, ergo etiam celebrato contractu, & electo vno ex fideiussoribus exhibitis, non poterit amplius agere ad alterum fideiussorem reiecto primo exigendum, quia iam completus est contractus, & in ordine ad alterum videtur cessisse iuri suo.

Iura expresse euincentia responsionem.

Libertas fuit consummata in electione.

3 **Nec etiā potest agere, si elegerit ex suasione amici.**

Respondeo secundò. Si creditor elegerit talem fideiussorem ex suasione familiaris, & amici collaudantis, tunc etiam non erit eidem creditori locus pænitentiæ aduersus debitorem, vt alterum assignet, sed ad summum agere poterit aduersus amicum collaudatorem, *Heringius de fideiuss. d. c. 6. num. 28.* Ratio primæ partis ex eo deduci potest, quod suasio amici nullo modo attingit debitorem, cum fuerit directa ad creditorem independentèr ab eodem debitore, ergo in ordine ad ipsum perindè est, quod non fuerit facta, ergo, sicuti, si nulla facta esset suasio, non posset conueniri ad assignandum alium fideiussorem, ità, quamuis hæc intercesserit, non poterit etiam conueniri, quandoquidem suasio non influit in debitorem proponentem, sed dumtaxat in creditorem eligentem; vndè ipse creditor ex suasione minus idoneum fideiussorem eligens, seu suscipiens, & de qualitate, conditioneuè eius non inuestigans sibi ipsi præiudicat, & suæ facilitati imputare debet *l. si ex arbitrio, §. 1. ff. qui satisd. cog. l. 3. in fin. ff. de fideiuss. l. 3. §. vlt. ff. vt in possess. legat., Hypolitus in rub. de fideiuss. num. 66., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 88. nu. 6.*

Ratio secundæ partis, (quæ tamen intelligenda est in eo sensu, quo verè collaudauerit, & ita mouerit creditorem ad ipsum eligendum, vt sine tali suasione, seu collaudatione non elegisset) ex eo deducitur, quia re vera tunc collaudator influit in illum actum electionis, qui secus non fuisset positus per textum *in §. tua tantum gratia instit. de mandat.* in quo sensu dicitur, quod laudator habeat quasi quandam vim coactionis *l. 4. §. si quis volentem, ff. de lib. hom. exhi.*, immò plus est quandoque sollicitè persuadere, quàm quemquam ad aliquid faciendum impellere *l. eum, qui C. de appel. l. 1. C. de rapt. virg.*

4 **Collaudator influit in actum electionis.**

Dixi, *qui verè collocauit, & ità mouit creditorem &c.*, nam si hoc præstitisset solummodò per modum expressionis proprij sensus, & effuso sermone sine animo fraudandi, tunc ipse suasor non teneretur per textum *in l. consilij, ff. de reg. iur. c. nullus, & consilio de reg. iur. in sexto l. elegantèr, §. fin. l. quod venditor, ff. de dolo.*

---

§. XVIII.

An fideiussor obligationi præscriptæ accedere valeat.

SVMMARIVM.

Sensus difficultatis expositus, 1.
Si principalis debitor erat conscius obligationis extinctæ, quando fideiussorem assignauit, & ipse, & fideiussor obligatur. 2.
Si non fuerit conscius, fideiussor efficacitèr non obligatur. 3.
Fideiussor etiam errans non obligatur. 4.

Disquisitio XVIII. Premebatur quodam onere soluendi libras bis mille imperiales Franciscus versus Theodoricum, à quo tamen transacto congruo tempore per præscriptionem liberatus est. Soluto sic tali onere fideiussorem pro eodem

1 **Facti series in suis terminis.**

dem Franciscus assignauit. Quæritur iam, an fideiussor efficacitèr teneatur, an verò liber sit à quacunque obligatione.

1 Obligat, si debitor erat conscius obligationis extinctæ. Respondeo cum distinctione, vel enim debitor, quando fideiussorem assignauit conscius erat obligationis non existentis, sed extinctæ legitimè per præscriptionem, vel conscius non erat, & ex errore fideiussorem assignauit; si primo modo res se habeat; tunc, & ipsum efficacitèr obligari, & etiam fideiussorem pro eo sentiendum est *Baldus in l.2.n.10.C.de rescind.vendit.*, *Alexander conf.42. n.7.lib.1.*, *Cephalus conf.210.n.73.lib.2.*; si secundò modo, fideiussor efficacitèr non obligatur *Baldus in l. tam mandatori col.2.C.de non numer. pecun.*, *Balbus de præscript.part.1.princip.qu.6. n.3.*, *Altiatus in rub. de præscript.n.46.*, *Heringius de fideiuss.c. 19. n.5.* Secus, si fuerit ignorans.

3 Sciens se non obligari, & tamen spontè se obligans verè obligatur. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia sciens se non teneri, & nihilominus volens efficacitèr obligari, eaque efficiens, quæ inferunt talem voluntatem, verè, & propriè obligatur arg. eorum, quæ tradit *Baldus in d.l.2.num.10.C.de rescind. vendit.*, *Bertazolus in tract.claus.instrument.claus.39. glos.3. nu. 1.*, sed sciens se non teneri ex eo, quod legitimè præscripserit, obligans fideiussorem pro eo, intelligitur se velle obligatum, cum apponat actum, qui infert talem obligationem, ergo, & in eo casu efficaciter ipse, & ille, qui adijcitur, intelligitur obligari. Minor probatur, quia cum non possit esse obligatio fideiussoria sine obligatione principali eo ipso, quo intendit fideiussoriam videtur firmare, quantum est de se, principalem, in qua illa radicatur. Accedit, quod illud ius, quod habet debitor non soluendi, fundatur in iure præscriptionis, quod vim habet tantum non secundum substantiam rei, quæ semper clamat pro Domino, sed tantum secundum dispositionem iuris ad euitandas lites, & possessiones sedandas, quod præcipuè vim habet ab intentione acquirentis per præscriptionem; sed tali intentioni potest cedere, & de facto cedit assignando fideiussorem pro illo, ergo &c.

4 Fideiussioni contrarius est error. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia fideiussioni contrarius est error, sicut alijs omnibus contractibus, cum quo propterea, siue sit iuris, siue sit facti, si ineatur contractus est ipso iure nullus per textum in *l. si quis, ff. de fideiuss.*, hocque propter eam rationem, quia deficit consensus, cum errantis nullus sit consensus, nullaque voluntas *l. si per errorem, ff. de iurisdict. l. cum testamentum, C. de iur., & fact. ignor. l. si hoc ità, ff. de acqu. arc.*, vndè meritò in his peculiaribus terminis *Paulus in d. l. si quis, ff. de fideiuss.*, asserit, quod si quis postquam transacto tempore liberatus esset fideiussorem dederit, fideiussorem non teneri, additque rationem, quia debitor errat in principali obligatione, sicque obligationi præscriptæ fideiussor de iure non potest accedere *Baldus in d. l. tua mandatori col.2.C. de non numer. pecun.*

Hæc, quæ dicta sunt non solum verificantur, quando ipse debitor errat, sed etiam quando errat fideiussor, quatenus per errorem se obligat, tunc enim opposita doli mali exceptione potest se a fideiussione liberare *l. fideiussor, ff. de negot. gest.*, *l. si indebitum, C. de fideiuss.*

DISQVISITIONES II.

Ad reliquas omnes de fideiussione, & assecuratione Prænotiones.

§. I.

Quomodo fideiussio solutione tollatur, & quomodo probetur solutio.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series, & rationes dubitandi circà ipsum. 1.
Si principalis debitor aliquid dederit in solutum, quod postea fuerit euictum, fideiussor non eximitur ab onere fideiussionis. 2.
Fideiussor obligatus, & ratione debitoris, & ex propria causa creditori soluens eidem sine expressione præsumitur soluere ex propria causa. 3.
Nonnullæ limitationes ad præsentē causam. 4.
Si debitor, vel fideiussor paratus sit soluere, & creditor nolit recipere, liberatur fideiussor, si fiat depositio, & obsignatio integri debiti. 5.
Debitor, vel fideiussor allegans solutionem debet probare. 6.
Assignantur modi probandi solutionem. Ibid.
Primò per testes idoneos, & quomodo. 7.
Si debitum fuerit in scriptis per mutuum contrahentium consensum contractum requiruntur quinque testes. 8.
Secundò per instrumenta, & quomodo. 9.
Tertiò, per confessionem creditoris. 10.
Quartò, per iuramentum. 11.
Et quandonam, & quomodo. Ibid.
Quintò, per præsumptiones, & coniecturas. 12.

Disquisitio I. Certum est apud omnes, tam Iuris interpretes, quam Theo-

Cafus expofitus. Theologos per folutionem legitimè factam fiue à principali reo debendi, fiue ab ipfo fideiuffore extingui onus fideiuffionis, eundemque fideiufforem liberari *l. fi fideiuffor, ff. de dolo l. vbi* 24. *l. inter artifices l. in omnibus l. cum decem, §. 1. ff. de folut. l. qui fide l. fi is qui ff. mandati l. 5. C. de folut.* Contigit iam, vt principalis reus foluerit, feu dederit in folutum aliquid, quod poftea fuit euictum. Rurfus in fuppofitione, qua fideiuffor fuerit ex alia caufa obligatus, quam fideiufsionis, & foluerit fine exprefsione, quod id præftiterit, vel ex proprio debito, vel ex onere fideiufsionis contigit dubitari pro quanam caufa perfoluerit. Rurfus in fuppofitione, qua vel reus, vel fideiuffor paratus fit foluere, & creditor nolit acceptare folutionem, debitor ipfe, vel fideiuffor depofuit fummam debitam, & obfignauit. Tandem alter ipforum fcilicet vel reus, vel fideiuffor afferit pecuniam debitam perfoluiffe, quod negat creditor. In his omnibus cafibus relatiuè ad quemlibet quæritur, an legitime facta fuerit folutio, adeò vt fideiuffor eximatur ab onere fideiufsionis, & quomodo probanda fit folutio.

Variæ rationes dubitādi exponuntur.

Refpondeo primò. Si debitor principalis aliquid dederit in folutum, quod poftea legitimè fuerit euictum, fideiuffor non eximitur ab onere fideiufsionis *Antonius Gomez tom. 2. var. refol. c. 13. n. 20., Specul. tit. de iud., Molina difp. 546. verf. quod fi debitor, Ognare tract. 18. difp. 53. fect. 13. n. 194.* Aperte colligitur ex textu *in l. Titius, ff. de iure Fifci*. Ratio autem ex eo deducitur, quia ipfe reus per traditionem rei, quæ euincatur, non eximitur ab onere debiti, quandoquidem non tradidit rem liberam, fed fubiectam oneri repetitionis, &, fi euincatur, creditor habet regreffum aduerfus debitorem, qui rem illam tradidit, ergo neque fideiuffor, qui ex eadem caufa pro eodem acceffèrat, eximetur ab onere, quod affumpfit. Confequentia probatur, quia quoufque non foluitur perfectè onus debitoris, eoufque perfeuerat onus fideiufforis, cum iftius onus non tollatur per fe, & directè, nec indirectè, nec per accidens; non per fe, & directè, cum non tollatur per aliquam actionem terminatam ad folutionem propriæ obligationis manente integrè debito principalis debitoris, vt per fe patet; non per accidens, & indirectè, quatenus definat ad defitionem obligationis principalis, cum adhuc hæc intelligatur perfeuerare. Confirmatur, quia, fi debitor tradiderit rem nullius valoris ex deceptione creditori, qui crediderit falsò effe valoris adæquantis proprium creditum, non eximitur ab onere iteratæ folutionis cognitio poftea errore, nec fideiuffor ab onere fideiuffionis, ergo etiam, fi tradiderit rem, quæ poftea euincatur. Confequentia tenet, quia in ordine ad creditorem res euicta perindè eft, ac fi nullius valoris fit. Accedit, quod res euicta comparatiuè ad eum, à quo aufertur, cuique fuerat tradita, perindè eft, ac fi ipfi fuerit tradita res aliena inuito Domino; creditori etenim debitor præftare id debet, vt eidem habere liceat *l. habere, ff. de euiction.*

2 Re euicta non liberatur fideiuffor.

Dices, etiam fi fideiuffor rem viliffimam foluerit, nihilominus eidem liberatio contingit *l. fi quis l. fideiufforem, ff. mandati, Ioannes Goddæus de contrah. ftipul. cap. 12. concl. 1. n. 6.*, ergo in primis allata fupra ratio non fubfiftit; Deindè etiam fi fiat euictio eiufdem rei, nihilominùs reus ipfe erit ab onere deobligatus. Sed contra; affumptum non habet vim, nifi creditor cognita vilitate rei eandem contentus pro toto credito exceperit; tunc enim præfumitur, quod inæqualitatem ad proprium creditum ex libertate propriæ voluntatis remifferit, vt videtur etiam innuiffe *Heringius de fideiufs. c. 20. §. 1. n. 19.*, dum dixit, *& creditorem contentauerit*, quod non militat in cafu euictionis, fecundum quem non præfumitur, quod creditor cefferit iuri fuo, fed velit fuum creditum recuperare, cum non confcius fuerit de vitio rei, ob quod fuerit euicta.

Refpondeo fecundò, in fuppofitione, qua fideiuffor obftrictus fuerit ex alia caufa propria verfus creditorem, & eidem foluerit fine expreffione, quod vel ex propria caufa, vel ex onere fideiuffionis ponat talem folutionem, præfumendum eft regularitèr, quod ex caufa propria perfoluerit *Camillus Gabinius de verb. fignific. lib. 5. c. 18. n. 270.*, cui videtur affentiri *Heringius de fideiufs. c. 20. §. 1. n. 31.* Ratio ex eo deduci poteft, quia fideiuffor foluens fuo potiùs, quàm alieno nomine foluere præfumitur, quod etiam videtur innui *in l. 1. ff. de folut. in verbo aut in illud, quod quis pro alio fideiufferat*, vbi textus æquiparat debitum, quod confurgit ex fideiuffione cum debito, cuius dies nondum aduenerit; ficuti igitur extantibus duobus debitis non fupponitur facta folutio pro illo debito, cuius dies nondum aduenit; ità extantibus duobus debitis altero ex caufa propria, altero ex onere fideiuffionis, folutio debet præfumi facta pro debito ex caufa propria, quam ex onere fideiuffionis. Accedit, quod folutio femper fupponitur facta in grauiorem caufam, quando nihil inter contrahentes fuerit dictum per textum *in dict. l. 1. ff. de folut.*, grauior autem eft caufa, qua quis debet ex fe, & nomine proprio, quam qua quis tenetur accefforiè ex nomine alieno,

3 Præfumitur foluere ex propria caufa.

Solutio femper fupponitur facta in grauiorem caufam.

no, quandoquidem in illa ipse solus obligatur sine vllo regressu, in ista verò obligatur simul cum alio, & solum accessoriè, habetq; regressum contra principalem.

4 Nõnullæ limitationes producuntur. Dixi, *regularitèr*, nonenim negauerim primò, quod, quantumuis ipse debitor nihil dixerit, pro quo onere soluat, si tamen incontinenti creditor dicat, se recipere pro onere fideiussionis, & debitor taceat, intelligatur illa solutio facta ab eodem pro debito fideiussionis, non pro proprio, vt habetur *in d.l.1. ff. de solut.*, & ibi maximè commendat Glosa. Secundò, quod, si fideiussor conuentus per creditorem pro onere determinato fideiussionis soluerit, intelligatur pro eodem onere persoluisse, quia solutio supponitur facta ad normam conuentionis, & petitionis. Tertiò, quod, si dies solutionis pro onere fideiussionis cesserit, & nondum aduenerit dies solutionis pro debito proprio, intelligatur, seu præsumatur solutio pro ipsa fideiussione, quia nemo præsumitur soluere, antequam dies interpellet pro debito, & vrgeat tempus solutionis. Reliqua vide penes *DD. scribentes in d. l.1. ff. de solut.*

5 Obsignando, an deponendo integrè liberatur. Respondeo tertiò in suppositione, qua, vel reus, vel fideiussor paratus sit soluere, & creditor nolit recipere solutionem, obsignando, & deponendo pecuniam debitam fideiussor liberatur ab onere fideiussionis, dummodò tamen de integra summa, etiam quoad accessiones facta fuerit depositio, & obsignatio *Ioannes Sichar. in l. obsignat, ff. de solut., & in l. acceptam, C. de vsuris, Iason cons.9.nu.15. lib.1., Menochius de arbitr. Iud. casu 232., Ioannes Goddæus de contrah. stipul. c.12. concl.4. per totum, Barnabas Cornazan. decis. Lucens. 25., Ioannes Zanzerus in tract. de exceptionibus part.3. c.2.* Euincitur primò hæc responsio *ex textu in l. obligatione, C. de solut.* Secundò in specie de fideiussore habetur *in l. qui mutuam, §.1. ff. mandati, & l. fideiussor 64. ff. de fideiuss.* Intellige tamen de obsignatione, & depositione apud Iudicem competentem, si commodè fieri possit, vel penes locum publicum, quod, si, nec ille, nec iste habeatur, poterit fieri depositio cum obsignatione apud tertiam personam communitèr idoneam reputatam existentibus tanquam testibus honestis personis, vt notauit *Heringius de fideiuss c.20. §.1. num.34.* Ratio horum omnium, quæ dicuntur in hac responsione, ea est, quia reluctantia creditoris ad recipiendam solutionem, non debet obesse iuri, quod habet, vel principalis reus debendi, vel fideiussor ad soluendum, seque eximendos, seu liberandos ab onere, quo obstringuntur. Sed de ijs latè suprà locuti fuimus.

Respondeo quartò, debitorem, vel fideiussorem, qui allegat solutionem, eam probare debet, quod validè, & efficacitèr præstare potest multis modis. Pro clariori intelligentia, & vberiori doctrina subdam in particulari modos efficaces ad probandum, & inefficaces. Prima pars est *Mascardi de probat. concl.78. num.18., & concl. 783., Menochij de præsumpt. libro 3. præsumpt. 135.*, & expressè habetur *in l.1. C. de probat., & l. vltim. C. de solut.*; solutio etenim est quid facti, & per consequens non præsumitur, nisi probetur, & dicenti incumbit onus probandi, non neganti ex vulgatissimis iuribus. Secunda pars innotescet per discussionem singulorum modorum, quibus efficacitèr probari potest, & eorum, quibus non nisi inefficacitèr. 6 Onus probandi spectat ad debitorem, vel fideiussorem assignatũ

Primus modus probationis est per productionem testium, quæ probatio certè efficax est, si testes fuerint habiles, & sine exceptione, & in hoc est communis Doctorum consensus. Hic tamen aduertendum est, quod si debitum fuerit in scriptis contractum per mutuum contrahentium consensum, debeat, vel per confessionem in scriptis probari, vel per quinque testes, & quidem non solum, si debitor, qui asserit, se soluisse, agat ad talem probationem *Bartolus in l. generalitèr, C. de non nu. mer. pecun., Afflictus decis.13. nu.35. in fine* per textum *in l. testium, C. de testibus*, sed etiam, si fideiussor, qui soluisse testatur, agat &c. nam licet ille textus *in l. testium, C. de testibus*, loquatur simplicitèr de debitoribus, extendendus tamen est etiam quoad fideiussores, qui etiam dicuntur debitores *Bartolus in l.1 ff. si cert. pet., Barbat. cons.87. n.7. vol.3., Cacheran. decis.2. num.9., Emanuel Suarez in comm. op. lit. F. num.158., Asinius de exac. in prologom. c.2.* Hæc, quæ dicuntur maximè in ordine ad quinque testes, procedunt tantum de iure ciuili, non tamen de æquitate canonica, secundum quam in ore duorum, vel trium testium stat omne verbum *c. licet vniuersis de testibus*. Si autem inquiras fundamentum, cur de iure ciuili, tàm in ordine ad debitores, quàm in ordine ad fideiussores requirantur quinque testes, respondebit idem textus in proem. *d.l. testium, C. de testibus*, hoc prouenire, quia voluerunt iura resecare in hoc negotio testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpatrantur. Aduerte hic tamen primò circà ea, quæ hic dicuntur de quinque testibus, verificari dumtaxat, quãdo agitur ad probandum de solutione facta suprà quinquaginta aureos, nam, si agatur de minori sũma, sufficere probationẽ per duos testes docet *Glos. ex sen-* 7 Per testes habiles, & idoneos. 8 Fideiussores dicuntur etiam debitores.

sententia Accursij in dict. l. testium in princip. C. de testibus. Secundò, quod, quantumuis contractum fuerit debitum in scriptis, vel facta per scripturam securitas, si tamen casu fortuito, vel incendij, vel naufragij, vel alterius accidentis perempta fuerit scriptura, tunc probato casu possint, vel debitor, vel fideiussor debiti solutionem per testes probare, & quidem per duos tantùm, vt explicat *Glosa in d. l. testium in verb. per testes in fin. C. de testibus* per textum *in l. vbi, ff. de testam.* Si verò debitum contractum fuerit sine mutuo partium consensu, vel sine scriptis, sed tantum ex iuris dispositione, tunc sufficit probatio solutionis facta per duos testes idoneos. *Menochius de præsumpt. lib. 1. quæst. 46. num. 44., Heringius de fideiuss. dict. cap. 20. §. 1. num. 42.* Ratio huius assertiea est, quia de iure naturæ, & de iure canonico secundum se requiruntur dumtaxat duo testes, & extra casum contractus initi per mutuos contrahentium consensus in scriptis iura ciuilia nihil disponunt, ergo extra illum casum ius naturæ, & canonicum debet attendi, cum lex ciuilis in allegato textu *in l. testium, C. de testibus* loquatur solummodò de obligatione ex mutuo consensu in scriptis.

Regulariter in alijs casibus sufficit probatio per duos testes.

9 Per instrumenta, & quomodo.

Secundus modus probationis est per instrumenta, quæ in exercendis litibus æquiparantur testium depositioni *l. in exercendis C. de fid. instrum.* Pro cuius modi intelligentia aduerte, hæc instrumenta posse tripliciter considerari. Primò, quatenus, vt confecta per creditorem immediatè continent solutionem factam, vel per debitorem, vel per fideiussorem, & hoc modo nulli dubium, quin efficacitèr probent, quandoquidem etiam priuata singrapha confessiones probat, & instrumentum publicum habet maiorem efficaciam. Secundò, quatenus sunt instrumenta debiti confecta inter ipsos contrahentes, & tradita creditori, quæ per consequens, si exhibeantur per debitorem, qui probat ea sibi fuisse tradita à creditore bono ipsius consensu tacito, vel expresso, vtique probant *Ruinus cons. 44. n. 3. lib. 1., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsump. 140. n. 4., Mascard. de probat. concl. 476. n. 1., & seqq.*, vel saltem transferunt onus probandi creditori, quod illud debitum non fuerit persolutum, quandoquidem non habet, quo suam intentionem fundet de exigendo illo credito. Tertiò, quatenus illa instrumenta, si non expressè, saltem ex directo consequenti connotent illam solutionem iam positam.

10 Per confessionem creditoris.

Tertius modus probationis est per confessionem creditoris factam fideiussori de solutione iam posita; nam posita tali confessione fideiussor semper potest agere aduersus debitorem ad repetendum solutum; cum vera solutio, & confessio solutionis æquiparentur per textum *in l. in contractibus, §. sed quoniam, C. de non numer. pecun., Paulus de Castro cons. 64. lib. 1., Felinus in c. si cautio col. fin. de fid. instrum., Hypolitus in rub. de fideiuss. n. 265., Horat. Carpan. ad Statut. Mediol. part. 1. c. 413. n. 42.* Non immoror, quia de hoc egi fusiùs in præcedenti.

11 Per iuramentum.

Quartus modus probationis est per iuramentum, quod multiplicitèr potest concipi. Primò, quatenus fideiussori asserenti se soluisse mortuo iam creditore, & confessione ab ipsò non recepta eidem iuramentum voluntarium, vel iudiciale, vel per debitorem, vel per alterum confideiussorem deferatur; & hoc modo cum tale iuramentum habeatur loco solutionis ex eo, quod deferatur per habentem ius, qui, ex quo exigit illam probationem, videtur cuicunque alteri cedere, videtur sufficientèr fideiussor probasse per textum *in l. iusiurandum ff. de iureiur., Glosa cap. 1. verb. non probet de conc. rect. feud. vnius in com. opin. lit. l. in verb. iuramentum non dicitur*; sicque iurans habet iustum fundamentum repetendi, *l. nam postea quam, ff. de iur. iur.* Secundò potest concipi, quatenus confideiussor asserat, se pro principali soluisse, & re quidem semiplenè probat solutionem, tunc in supplementum probationum petat sibi deferri iuramentum; in quo casu existimo, ex arbitrio Iudicis admitti posse hoc iuramentum ad effectum etiam, vt probet, si interueniant ea requisita, quæ ad huiusmodi iuramentum necessarium, seu suppletorium necessaria sunt. Numerat autem hæc requisita *Menochius de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. cas. 190.*, & quamuis cõmunior opinio requirat, quod actor semiplenè probauerit per textum *in l. bonæ fidei, C. de reb. credit., Bartolus in l. admonendi nu. 57. de iureiur.* nihilominus idem Menochius non improbat opinionem, *Romani in dict. l. admonendi*, asserentis ex vehementi præsumptione, posse Iudicem ex suo arbitrio admittere in supplementum probationum tale iuramentum; atque hoc est primum requisitum pro admissione talis suppletorij. Secundum est, quod actor sciat veritatem rei per veram scientiam, quę corporeo sensu percipitur, *Glosa in d. l. bonæ fidei C. de reb. cred., Bartol. in d. l. admonendi n. 57. in fin.*, ex quo regularitèr deducitur, quod hæres non sit admittendus ad iuramentum pro facto sui prædecessoris, nisi probetur efficacitèr esse conscius per veram scientiam, quia, cum hoc sit factum alterius, non præsumitur de eo conscius; item, nec Prælatus successor pro facto sui prædecessoris propter eandem rationem, *Menochius loc. citat.* Tertium est, quod ille,

Quomodo possit concipi illud iuramentũ, & deferri

Quando nã possit deferri.

ille, cui deferendum est tale iuramentum sit persona legalis, non autem vilis, & infamis, *Bartolus in d. l. admonendi num. 58. de iure iurand.*, nec sufficit præsumptio generalis de cuiuscunque legalitate, nam ad hoc requiritur, vel aperta legalitas, vel saltem talis, qualis arbitrio Iudicis reputetur idonea, *Socin. Sen. conf. 136. col. penult. propè medium lib. 1., Romanus in d. l. admonendi de iure iuran.* Quænam autem sint in hac materia personæ viles, & non legales enumerat *Menocb. de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. caf. 190. nu. 14.* Quartum est, vt hoc iuramentum non deferatur actori in causa magni ponderis, *Iason in d. l. admonendi in repet. nu. 260. verf. quintus casus, Menochius loc. cit.* Quintum est, quod actor quid magis probauerit, quam ipse reus, secus potius reo esset deferendum iuramentum.

Requiritur, quod sit persona legalis

12 Per coniecturas & præsumptiones.

Quintus modus probationis est per præsumptiones, & coniecturas, quando aperta probatio haberi non potest, *Mascardus de probat. concl. 783., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 135.* Enumerat autem huiusmodi præsumptiones, & coniecturas *Menochius lib. 3. de præsumpt. loc. cit.*, inter quas prima est, si creditor per multos annos distulerit petere solutionem, additque rationem, quia, qui tempore liberatur, similis est ei, qui satisfecit *l. si pupillus, §. vlt. ff. de administ. tut.* Secunda est, quando creditor administrauit bona debitoris, & redditus eiusdem; tunc enim præsumitur, quod sibi de illis satisfecerit per textum *in l. cum de indebito, ff. de probat., & l. elegantèr, §. qui reprobos, ff. de pignor. act.* potissimum, si ipse creditor in ea hypothesi non confecerit inuentarium bonorum sui debitoris, quæ administrauit, *Afflictus decif. 13. nu. 17.* apud *Menochium loc. cit.*, & item, si ipse creditor fuerit semper in rebus suis diligens, *Bartolus in l. si cum venderet, §. vlt. ff. de pignor., Baldus in l. solum col. 5. ff. de testibus, Angelus in l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. obligat.* Alias præsumptiones, & coniecturas vide apud eundem *Menochium loc. cit.*

---

§. II.

An nouatione, & delegatione tollatur fideiussio.

SVMMARIVM.

Exponitur factum, & rationes dubitandi. 1.

Fideiussoria obligatio propriè tollitur nouatione. 2.

Nouatio æquiualet solutioni. 3.

Intellige, siue prior principalis obligatio nouatione transfundatur in aliam personam, siue in aliam obligationem respectu eiusdem personæ. 4.

Etiam tollitur actio fideiussoria per delegationem. 5.

1 Facti series, eiusque dubitationes.

DIsquisitio II. Inierat cum Theodorico debitum quoddam Franciscus, pro quo in fideiussorem adiecerat Caium. Rebus sic stantibus facta fuit inter eundem Theodoricum creditorem, & Franciscum debitorem, vel nouatio eiusdem debiti, quatenus prior illius obligatio fuit transfusa in aliam posteriorem priori penitùs extincta, vel fortè etiam delegatio, quatenus debitor pro eodem debito interueniente consensu creditoris delegauit alium sui debitorem ad eidem satisfaciendum creditori, qui delegatus acceptauit talem delegationem, seque obligauit ad illam satisfactionem. Quæritur iam, an per illam nouationem, & delegationem intelligatur perempta actio fideiussoria, seu onus fideiussionis.

2 Tollitur nouatione.

Respondeo primò, fideiussoriam obligationem propriè tolli nouatione, *Bartolus in l. aliam num. 4. ff. de nouat., Franciscus Marcus decif. 537. part. 1., Gratus conf. 126. num. 6. lib. 1., Ioannes Goddaus de contrab. stipul. cap. 5. concl. 7. num. 48., Sebastianus Medices in tract. de nouat. part. 1. qu. 1., 2., & 3.*, nec difficilis est probatio huius responsionis, quandoquidem per nouationem extinguitur prima obligatio eiusdem debitoris, pro qua accesserat fideiussor per ea, quæ latè tradidi *tom. 2. sub tit. Contractus V. de Cambijs*, dum de nouationibus, ad quæ vos remitto, ergo etiam penitùs perimitur fideiussio, quæ in eadem prima obligatione fundatur. Consequentia tenet, quia, cum accessoria obligatio non possit esse sine principali, si vtique hæc perimitur, & illa ex necessitate perimenda est, nam destructo fundamento ruunt omnia, quæ fundantur in ipso; Neque dicas, quod, sicuti per nouationem prior obligatio in aliam transfunditur, ita, & fideiussio, quæ in priori obligatione, tanquam in suo principali fundabatur, transfundatur, & radicetur in posteriori, quæ subsequitur. Contrà enim impugnaberis, quia, cum accessorium fundetur in principali, quemadmodum accidens in suo subiecto, sequitur, quod, sicuti accidens non potest migrare de subiecto, in subiectum, ità nec accessorium ab vno principali in aliud. Deindè, sicuti non potest consurgere alia obligatio, in quam prima transfundatur sine nouo, tàm

de-

debitoris, quam creditoris confenfu, ità nec poteft obligatio fideiufforia transfundi in aliam obligationem à prima, nifi interueniente nouo confenfu eiufdem fideiuffionis, qui, ex quo confenfit priori obligationi, non ex neceffitate debet affentiri fubfequenti. Deindè nouatio fimilis eft

3 Nouatio æquiualet folutioni.

folutioni *l. fi rem 31. §. 1. ff. de nouat., Alexander in l. fi diuortio, & in l. vfumfructum, ff. de verb. oblig at.* Sicuti igitur per folutionem non folum extinguitur principalis obligatio, fed etiam fideiufforia, ita non eft, cur extingui non debeat vtraque per nouationem.

4 Contendunt hic aliqui per nouationem tunc folum extingui obligationem fideiufforiam, quando obligatio principalis transfunditur in aliam perfonam, fecus autem, quando prima obligatio transfunditur in aliam refpectu eiufdem perfonæ debitoris. *Guido Papa fing. 717. num. 2.* Sed meritò reijcitur ex ijs, quæ alibi dicta funt, per nouationem fcilicet extingui primam obligationem, & pofteriorem fuccedere, quod æquè verificatur, fiue nouatio fiat intercedente alia perfona, fiue permanente eadem, dummodò fiat mutatio obligationis; vndè, fi per nouationem extinguitur prima obligatio principalis etiam refpectu eiufdem perfonæ, fequitur, quod tollatur, & fideiufforia, quæ in eadem prima obligatione fundabatur, cum ex genere fuo acceflorium non migret de fubiecto in fubiectum fine nouo confenfu. Multum facit ad hæc confirmanda id, quod diximus *tom. 2. fub tit. Contractus V. de Cambijs II. Difq. 5. §. 9. n. 2., & 3.*, non folum fcilicet per nouationem extingui actionem fideiufforiam per textum *in l. nouatione, C. de fideiufs., & in l. quicumque, ff. eodem, & in l. nouatione, ff. de nouat., & in l. folutum in princip. ff. de pign. act.*, fed etiam nouatione liberari pignus, & hypothecam *l. nouatione, ff. de nouat. l. folutum in princip. ff. de pignorat. act.*

Nouatio fit per aliam obligationem, etiam refpectu eiufdem perfonæ.

5 Delegatione etiã extinguitur.

Refpondeo fecundò. Per delegationem etiam tollitur actio fideiufforia, *Heringius de fideiufs. c. 20. § 4., Seneca lib. 6. de benefic. c. 5., Paulus de Caftro in l. 58. qui vfumfructum verfus fin. fub num 4. ff. de verb. obligat., Surdus decif. 23. creditores num. 1. in vltim. verb., Bartolus in l. fingularia n. 19. ff. fi cert. pet.*

Exprefsè colligitur *ex l. delegare, ff. de nouat.*, vbi dicitur. *Qui delegat, foluere dicitur*, quod idem habetur *in l. 8. §. 3. ff. ad Velleian., & l. qui libertinus, §. fi creditori, ff. de oper. libert.*, nam delegatio eft fimilis folutioni, eiufque loco fuccedit, *Surdus decif. 23. creditores num. 1.*, adeoque delegans non poteft amplius moleftari, etiam fi contingat delegatum facultatibus deficere, *Rota Genuenfis decif. 60. in caufa Stephani num. 10., Decius in conf. 99 in caufa fub n. 4.* Si igitur tollitur prima obligatio delegantis, ergo, & acceflloria, quæ in eadem erat fundata arg. eorum, quæ dicta funt in præcedenti refponfione.

---

§. III.

An acceptilatione tollatur obligatio fideiufforia.

SVMMARIVM.

Factum in fuis terminis, & articuli examinandi. 1.
Acceptilatio ex genere fuo tollit obligationem. 2.
Per acceptilationem inter debitorem, & creditorem foluitur fideiuffio. 3.
Per acceptilationem inter creditorem, & fideiufsorem, foluitur non folùm obligatio fideiufforia, fed etiam principalis. 4.
Dummodò créditor non referuauerit ius contrà principalem reum debendi. 5.
Acceptilatio ad effectum liberationis debet effe voluntaria, & deliberata. 6.

Difquifitio III. Pro debito, quod contraxerat Caius verfus Meuium de 1 fumma librarum mille imperialium adiectus fuerat Sempronius in fideiufforem. Proceffu temporis contigit acceptilatio, vel inter Meuium creditorem, & Caium debitorem, quatenus interroganti Caio Meuium, an remittat debitum, ipfe refpondeat, remitto, vel inter Meuium creditorem, & Sempronium fideiufforem per fimilem mutuam interrogationem, & refponfionem. Hic iam oritur ratio dubitandi, primò, an, fi acceptilatio intercefferit, ex genere fuo tollat obligationem præcedentem. Secundò, an, fi acceptilatio facta fit præcisè inter principalem debitorem, & creditorem tollat non folum obligationem principalem debitoris, fed etiam accefforiam fideiufforis. Tertiò, an, fi facta fit inter fideiufforem, & creditorem non folum tollat directè obligationem fideiufforiam; fed etiam faltem indirectè obligationem principalem debitoris. Quartò, an ad hoc, vt acceptilatio tollat huiufmodi obligationes, debeat omninò, & fimpliciter effe libera, vbi de aliquibus alijs conditionibus requifitis ad hoc, vt ipfa producat effectum liberationis.

Quomodo fiat acceptilatio.

Refpondeo primò, acceptilatio ex genere fuo tollit obligationem, *Antonius Gomez 2. var. cap. 13. § 4., Molina difp. 546. non longè à princip., Vufembech. tit. de fideiufs. in fin.* 2

Obligatio tollitur acceptilatione.

fin., *Heringius de fideiuss.c.20.§.5. num.1.4.*, *& 6.*, *Ioannes Goddaus de contrah.stipul. in prolog. num. 34.*

Expresse colligitur *ex l.1.ff.de acceptil.*, *§.item*, *si per acceptilationem Instit. quibus mod. tol. oblig.*, vbi dicitur soluisse, qui acceptilatione liberatus est; nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem ex libero propriæ voluntatis consensu potest creditor proprium creditum remittere, sed creditor per acceptilationem hoc præstat, ergo &c.

3 Fideiussio soluitur acceptilatione, & quomodo.

Respondeo secundò per acceptilationem inter Meuium creditorem, & Caium debitorem, etiam liberatur Sempronius fideiussor *Ioannes Goddaus de contrah. stipulat. in prolog.n 34.*, *Ognate tract.n 8.de fideiuss.disp. 53.sect.13.n.195.*, *Molina d.disp.546.in princip.* Præter præallegata iura in prima responsione hanc euincunt iura *in §.2. Instit. quib. mod. tol.oblig.*, *& l.quærebatur in princip. ff.iudic. sol.*, nec incongrua ratione hoc iura decernunt, quandoquidem per acceptilationem inter creditorem, & debitorem tollitur principalis obligatio eiusdem debitoris, ergo saltem indirectè tollitur etiam obligatio fideiussoria, quæ tanquam accessoria in eadem principali fundatur, nam destructo fundamento ruunt omnia, quæ fundantur in ipso.

4 Soluitur etiā principalis obligatio per acceptilationē inter creditorem, & fideiussorem.

Respondeo tertiò. Per acceptilationem factam inter creditorem, & fideiussorem, non solum liberatur ipse fideiussor, sed etiam reus principalis, si acceptilatio fuerit simplex, & absoluta *Heringius de fideiuss.c.20.§.5.nu.5*, *Antonius Faber lib.4. coniect.iur.ciuil.cap.8.*, *Ioannes Zanzerus de except.part.3.c.5.n.25.* Expressè colligitur ex textu *in l. & per iusiurandum 13.§.si fideiussori, ff.de acceptil.*, vbi sic legitur. *Si fideiussori accepto fuerit latum, cum reus re, non verbis fuisset obligatus, an reus quoque liberetur. Et hoc iure vtimur, vt licet reus non sit verbis obligatus tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur*, vbi *Glosa in verb. liberetur* subdit. *Consequitur per alium, quod per se non potest, arg. l. Aristo. ff.quæ res pignori oblig. pos.*, neque obesse potest, quod, cum non sit obligatus verbis principalis debitor, nec verbis concurrat, non videatur posse acceptilatione liberari, quæ potissimum fit verbis; Non, inquam, obesse potest, quia, licet non liberetur formalitèr acceptilatione, liberatur tamen in consequentiam per acceptilationem, vel per exceptionem *Glosa loc.cit.* Hoc idem euincitur *ex l. si ex pluribus, ff. eodem*, vbi sic legitur. *Si iudicati fideiussor sit, datus, acceptus, eique accepto latum sit liberabitur, & iudicatus.* Ratio horum omnium in eo sita est, quia per talem acceptilationem tollitur absolutè ius creditoris, ergo, & onus respectu cuiuscunque in tali debito, seu ratione talis debiti.

5 N. si reseruauerit ius cōtra debitorem.

Dixi, *si acceptilatio fuerit simplex, & absoluta*, non enim negauerim, quod, si creditor præcisè se obligauerit ad non vexandum fideiussorem retento iure aduersus principalem debitorem, vel alios confideiussores, si fuerint, quod illi non remaneant per talem obligationem assumptam à creditore liberati, quia cum ius habeat in ordine ad omnes potest vni cedere, non alteri, sed hæc non esset propriè acceptilatio, quia non esset in ordine ad extinctionem debiti, sed solummodo in ordine ad non vexandum fideiussorem pro eodem.

6 Debet esse libera, & deliberata.

Respondeo quartò. Acceptilatio ad effectum liberationis, tam respectu fideiussoris, quam principalis debitoris debet esse omnino libera, voluntaria, & cum plena deliberatione, *Heringius de fideiuss. c.20. §.5.n.7. vsque ad fin.* Defectu plenæ libertatis, & voluntarietatis non liberatur fideiussor, si ipse vim intulerit creditori, vt per acceptilationem eum liberaret; tunc etenim ius creditoris non perimitur, nec aduersus fideiussorem, nec aduersus principalem debitorem. Ratio autem ea est, quia acceptilatio æquiparatur in multis gratuitæ donationi; non est autem valida donatio, quæ per vim inducitur, & non solum verificatur, si vis fuerit illata per ipsum fideiussorem, sed etiam, si per principalem debitorem *Heringius d.c.20.§ 5.n.8.* propter eandem rationem potissimum, quia idem principalis debitor habet causam eandem cum fideiussore, quinimmo principalem. Quid autem sit dicendum, si alius à fideiussore, & a principali debitore, non habens causam in eodem debito vim intulerit ipsi creditori *Heringius loc.cit. n.9.* existimat, quod, si iste vim intulerit sine malitia fideiussoris, non teneatur ipse fideiussor obligationem rei verè assumere, quod probat per textum *in l. mecum, §. vlt. cum duabus leg.seqq.ff.quod metus causa*. Defectu plenæ deliberationis non liberatur fideiussor, nec principalis debitor, si creditor fuerit minor vigintiquinque annis, qui sine causa debitori, vel fideiussori acceptum tulerit, hocque ex præsumptione, seu dispositione iuris per textum *in l. patri 27. §.si minor, ff.de minoribus*, hocque voluerunt iura prouidere, ne ratione labilis ætatis de facili minores deciperentur, maximè in contractibus, qui sunt potiùs in aliorum vtilitatem.

Æquiparatur in multis donationi.



§.IV.

§. IV.

An tranfactione tollatur obligatio fideiufforia.

SVMMARIVM.

Exponitur factum in fuis terminis. 1.
Per tranfactionem factam à creditore cum principali debitore liberatur fideiufsor. 2.
Etiam, fi per tranfactionem creditor, & debitor conuenerint de minori fumma illius debiti. 3.
Procedit, fiue tranfactio fuerit fuper debito, fiue fuper onere fiftendi in iudicio. 4.
Fideiufsore conuento, & condemnato ad rem indicatam, fi poftea cum creditore tranfegerit, res iudicata non perimitur. 5.

1 Proponitur facti feries. Difquifitio IV. Exiftente debito inter Caium debitorem, & Francifcum creditorem, pro quo Meuius datus fuerat in fideiufforem contigit controuerfia inter eofdem de fubfiftentia, vel infubfiftentia debiti, vel de validitate, vel inualiditate contractus, ex quo ortum eft illud debitum. Ad fedandas lites facta fuit tranfactio, vel inter creditorem, & debitorem, vel inter eundem creditorem, & fideiufforem. Orta hic fuit controuerfia, an per talem tranfactionem obligatio fideiufforia dirimatur.

2 Liberatur fideiuffor tranfactione. Refpondeo primò, liberato principali debitore per tranfactionem, non poteft amplius fideiuffor per creditorem conueniri pro debito, pro quo facta fuit tranfactio *Marquard. Treber. lib. 1. parerg. c. 15., Heringius de fideiuf. c. 20. §. 7. in princip.* Exprefsè colligitur *ex l. fideiuffores 68. §. vlt. ff. de fideiufs., & ex l. & poft §. 1. ff. de tranfact.*, vbi exprefsè dicitur, quod tranfactio facta cum principali profit fideiuffori, etiam condemnato. Ratio horum omnium ea eft, quæ fuprà afferebatur, quia fcilicet extincta priori obligatione principali nō poteft fubfiftere fideiufforia, ergo, fi per tranfactionem extinguitur principalis debitoris, extingui debet, & acceſſoria fideiufforis.

3 Etiam facta conuentione de minori parte debiti fideiuffor abfoluitur. Hic folum confurgit ratio dubitandi, an, fi principalis debitor tranfegerit cum creditore, & vigore tranfactionis conuenerit cum eodem de quota, feu minori fumma illius debiti, pro quo fideiuffor acceffit per foluenda, adhuc faltem fideiuffor obligatus remaneat, fimul cum eodem debitore pro illa minori fumma, fuper quam facta fuit tranfactio, quoufque illa perfoluatur. Sentio abfolutè, fideiufforem non obligari quoad illam minorem fummam per tranfactionem conuentam per debitorem. Rationem ex eo defumo, quia tranfactio ex genere fuo eft quafi tranfitio actionis *Padilla in rubric. C. de tranfact. nu. 17., Gutierez de iuram. conf. part. 3. c. 2. nu. 2.*, eo quia, qui tranfigit, recedit quodamodò ab actione, quæ fibi competebat *Molina difp. 556. verf. tranfactionem in princip.* Si igitur actio tranfit in aliam actionem, ergo, & obligatio in aliam obligationem, ergo definente prima obligatione per tranfactionem debitoris definere debet, & obligatio fideiufforia arg. defumpto ex ijs, quæ dicta fuerunt de nouatione in præcedenti difquifitione. Accedit, quod tranfactio eft nouus quidem contractus diftinctus à primo, à quo confurgit debitum, ergo per illum inducitur noua obligatio diftincta à prima.

Hæc, quæ in hac refponfione dicuntur, non folum verificantur quoad tranfactionem fuper debito præcedenti, fed etiam fuper onere de fiftendo reum in iudicio; fi enim negotium, fuper quo fideiuffor iudicio fifti promifit, fuerit tranfactum, fideiuffor ipfe non amplius obligabitur *l. 2. ff. fi quis caut. in princip.* propter eandem rationem, quia femel extincta obligatione principali, non poteft vrgere acceſſoria, quod, fi verificatur in debito reali, non video, cur verificari non debeat in obligatione de in iudicio fifti. 4 Procedit fiue fuper debito fit tranfactio, fiue fuper onere de fiftendo.

Refpondeo fecundò. Si fideiuffor conuentus, & forte etiam condemnatus ad rem iudicatam, poftea tranfegerit cum principali creditore, in cuius fauorem res fuit iudicata, tranfactione non perimit rem iudicatam *Heringius de fideiuf. cap. 20. §. 7. num. 5.* Exprefsè colligitur *ex dict. l. & poft §. 1. ff. de tranfact.*, vbi fic legitur. *Si tamen ipfe fideiuffor condemnatus tranfegit, & fi tranfactio non perimit rem iudicatam, tamen, eo ipfo, quod indicatum eft, releuari rem iudicatam oportet.* Si autem inquiras rationem, cur, fi fideiuffor conuentus, & condemnatus fuerit, & principalis reus debendi tranfegerit valeat tranfactio, & liberetur ipfe fideiuffor, fi verò ipfe fideiuffor poft condemnationem tranfegerit, non perimatur res iudicata, nec ab ea fideiuffor liberetur; ftatim refpondebo, hoc prouenire, quia, vt benè notat *Baldus in dict. l. & poft §. fi fideiuffor, ff. de tranfactione*, fententia lata contra fideiufforem non officit reo, nec per hoc videtur liquidatum debitum contra reum principalem, & ideò valet tranfactio facta cum reo, quia res iudicata ipfum non tangit, cum res quoad ipfum nec fit iudicata, nec finita, ficq; fi valet quoad ipfum tranfactio, etiam porrigitur ad fideiufforem; fententia verò lata contra fideiufforem eundem afficit, quia quoad ipfum lis eft finita, & per confequens tranfactio per ipfum facta de re iudicata inutilis eft, *Paulus de Caftro in dict. l. & poft rem indicatam, ff. de tranfact. nu. 3.*, qui etiam notat, quod 5 Non perimitur res indicata cum fideiuffore ex eo, quod hic tranfigat.

quod sententia lata contrà fideiussorem non præiudicat debitori, si enim præiudicaret, faceret rem certam contra eum, sicque non valeret postea transactio cum ipso facta; & item notat, quod fideiussor consequitur per principalem, quod per se non potest consequi.

§. V.

An successione hæreditaria extinguatur obligatio fideiussoria.

SVMMARIVM.

Exponuntur casus, in quibus potest verificari titulus. 1.

Fideiussor hæreditariè succedens debitori confundit actiones, & tunc præualet principalis obligatio. 2.

Fideiussor succedens debitori obligato tantùm naturalitèr obligatur erga creditorem ciuilitèr. 3.

Fideiussor succedens debitori confecto inuentario non eximitur ab onere soluendi solidum. 4.

Debitor succedens fideiussori extinguit actionem fideiussoriam. 5.

Per successionem debitoris fideiussori non perimitur pignus datum ab eodem fideiussore pro debitore. 6.

Ob mortem fideiussoris non extinguitur eius obligatio. 7.

Fideiussore succedente hæreditariè creditori, vel è contra perimitur obligatio fideiussoria, non principalis. 8.

Creditor hæres fideiussoris confecto inuentario de bonis eius potest aduersus alios creditores deducere, quod sibi ex causa fideiussoria debebatur. 9.

Creditore existente hærede debitoris actio fideiussoria extinguitur, & item debitore existente hærede creditoris. 10.

Existentibus hæredibus debitoris creditore simul, & fideiussore extinguitur fideiussio in ea parte, in qua creditor succedit, in ea verò parte, in qua fideiussor succedit extinguitur quidem fideiussoria, sed succedit principalis. 11.

1 Casus varij variarum successionũ. DIsquisitio V. Vrgebat creditum, quo gaudebat Franciscus aduersus Caium, qui etiam in securitatem eidem Francisco fideiussorem constituerat Antonium. Rebus sic stantibus casus plurimi possunt contingere diuersimodæ successionis. Primò, quatenus hæreditariè fideiussor succedat debitori. Secundò viceuersa, quatenus debitor succedat fideiussori. Tertiò, quatenus fideiussor succedat creditori, vel viceuersa creditor fideiussori. Quartò, quatenus debitor creditori succedat, vel viceuersa creditor debitori. Secundum hos omnes respectus oritur controuersia, an per huiusmodi successiones respectiuè extinguatur, vel directè, vel indirectè saltem obligatio fideiussoria, quæ controuersia per varias responsiones maioris claritatis gratia diluetur.

Respondeo primò. Si fideiussor hæreditariè succedat debitori confunditur fideiussoria obligatio cum principali in eadem persona, sicque præualet principalis nulla habita ratione de accessoria, seu fideiussoria *Molina disp. 546. vers. item expirat fideiussoria obligatio, Ognate tract. 18. de fideiuss. disp. 53. sect. 13. n. 184.* Expressè colligitur *ex l. generalitèr, ff. de fideiuss.*, vbi sic legitur. *Generalitèr Iulianus ait eum, qui hæres extitit ei, pro quo interuenerat, liberari ex causâ accessionis, & solummodò quasi hæredem rei teneri. Denique scripsit, si fideiussor hæres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, & ex causa fideiussionis liberari eum*; quod idem repetitur *in l. cum reus, ff. eod.*, quæ tamen potiùs respicit, quando debitor succedit fideiussori, de quo sermo habebitur in sequenti responsione. Ratio autem responsionis ex eo deducitur, quia ambæ obligationes in vno, eodemque compati non possunt, non solum quia principalis ex genere suo in eodem perimat accessoriam, & minus principalem, sed quia potissimum fideiussor obligando se ipsum pro principali debitore, eundem sibi obligat; inauditum autem est, vt pro eodem sibi ipsi quis sit obligatus, & secum agere possit *l. Granius vers. tamen vbi successit, ff. de fideiuss.* cum impossibile sit, vt actio, & passio sint in eodem subiecto, *Iason in l. debitori n. 4. C. de pactis, PanciroIus cons. 98. n. 6.*, vndè meritò scribunt *DD. in l. stychum, §. quod vulgo, & in l. si duo, §. sed & si ff. de solut.* hoc vulgo iactari, & pro regula iuris quasi obseruari, quod scilicet fideiussor succedens debitori non obligetur, nisi obligatione eiusdem debitoris, non autem fideiussoris, *Rocchegallus in l. si reus n. 2., & 4. ff. de duob. reis, Ioannes Goddæus de contrab. stip. a. 5. concl. 10. n. 159., Carocius de excussione bon. par. 2. q. 52. n. 1., & seqq., Card. Parisius in cons. 121. n. 2., & seqq. vol. 1.* Aliam rationem huius responsionis adducit *Heringius de fideiuss. c. 20. §. 16. n. 33.*, quia scilicet fideiussor adeundo hæreditatem sui principalis, quasi de nouo cum creditoribus ipsius contrahere censetur *l. 5. in princip. ff. de fideiuss.*

2 Confunduntur obligationes, & præualet principalis.

Iura firmantia responsionem.

Idem nõ potest sibi ipsi obligari.

Ex eo autem, quod dicatur, quod præcisè ratione confusionis obligationis fideiussoriæ cum principali in vno, eodemque subiecto perimatur obligatio fideiussoria sequitur, quod ex genere suo per mortem

tem debitoris præcisè non extinguatur onus fideiussoris, quando non coadunatur in vnum, & idem subiectum vtraque obligatio principalis scilicet, & accessoria, quod etiam expressis iuribus euincitur *in §. fideiussor instit. de fideiussor., & in l. 4. vers. vlt. ff. eodem, & in l. fideiussoris, C. eodem.*

Rationes aliquæ dubitãdi. Circa hanc responsionem nonnullæ etiam oriuntur rationes dubitandi; & primò, an, si principalis debitor, cui hæreditariè successit fideiussor, fuerit tantum obligatus naturalitèr, & non ciuilitèr, fideiussor ipse per successionem teneatur versus creditorem tantum naturalitèr, an verò ciuilitèr etiam. Secundò, an, si fideiussor principali suo succedat, & inuentarium conficiat, ratione eiusdem inuentarij possit se munire aduersus principalem creditorem, vt ipse non conueniatur vltrà vires hæreditatis.

3 Obligatur etiam ciuilitèr. Ad primum asserendum existimo, fideiussorem remanere obligatum nedum naturalitèr, sed etiam ciuilitèr *Molina d. disp. 546. vers. item expirat fideiussoria obligatio*, qui etiam rationem adducit in eo fundatam, quod vtraque hæc obligatio valdè proficua sit creditori ad agendum cum assistentia iuris, actionumque ciuilium, cum sine obligatione ciuili hæ non concedantur, qua etiam obligatione ciuili ex supra allegatis afficiebatur, antequam debitori suo principali succederet, nam licet ipse principalis obligaretur tantum naturalitèr, ipse tamen vtraque obligatione afficiebatur; Neque in hoc obesse potest, quod suprà dicebatur, nempè per vnionem, & confusionem obligationis principalis, & accessoriæ perimi accessoriam; Non, inquam, obesse potest, quia ea, quæ ibi dicta sunt, verificantur dumtaxat in hypothesi, qua principalis obligatio adæquaret fideiussoriam, & adimpleret ius creditoris, secus autem in ijs, in quibus obligatio fideiussoria maiorem vim intensiuè principali adderet; intantum enim perimitur accessoria, in quantum principalis illam absorbet, quod non militat in præsenti hypothesi. Iuxtà quem sensum adest expressus textus *in l. hæres à debitore, §. quod, si hic, ff. de fideiuss.* Ibi. *Retroquoque si fideiussor seruo manumisso hæres extiterit eadem aduersus eum obligatio manet, quamuis, & naturalitèr teneatur, nec pro se quis fideiubere possit.*

4 Etiam confecto inuẽtario obligatur ad solidũ. Ad secundum assero, quod, si fideiussor, qui hæres extitit sui principalis, confecerit inuentarium, & per creditorem conueniatur, siue in persona defuncti, siue in persona propria non possit se tueri à solido persoluendo ratione eiusdem inuentarij confecti *Speculator in tit. de fideiuss. n. 23., Card. Parisius cons. 121. n. 3., & seqq. vol. 1., Ioannes Saixon in consuet., Turon tit. 14. art. 9. glos. 1. vers. nunc occurrit pulchra quæstio, Carocius de excus. bonor. part. 2. qu. 58. nu. 4., Rolandus à Valle in tract. de inuent. part. 3. §. quæritur quoque, an fideiuss.*, quam opinionem magis videtur commendare *Heringius de fideiuss. c. 20. §. 16. n. 43.* Ratio ex eo desumi potest, quod asserit *Papinianus in l. debitor, ff. de separat.*, quod scilicet ratio iuris non patitur, vt creditor, qui per fideiussorem sibi, rebusque suis diligentèr consuluit, damno afficiatur ex eo, quod fideiussor vocatus fuerit in debitoris hæreditatem, fideiussor quippè ex genere suo adijcitur, & adiectus est, vt existente debitore non soluendo ipse per sua bona suppleat illius defectum. Multum negotij etiam facescit aduersus ea, quæ hic dicuntur, illud, quod antecedentèr dictum fuit, per successionem, scilicet fideiussoris in bona sui principalis obligationem fideiussionis extingui, atque ideò restitui non posse per textum *in dict. l. debitor, ff. de separat., & in d. qui res §. aream, ff. de solut.* Nihilominùs hoc negotium diluit *Papinianus in d. l. debitor, ff. de separat.*, dum dicit rationem iuris non pati, vt creditor, qui sibi diligentèr prospexit, damno afficiatur. Ad soluendum autem obiectum res sic componitur. Quamuis igitur dictum fuerit, quando principalis, & fideiussoria obligatio in vno, eodemque subiecto coadunentur, quod principalis perimat fideiussoriam, tanquam minus principalem, hoc intelligendum est, quando principalis adæquat extensiuè fideiussoriã, & implet ius adæquatum creditoris; quando verò principalis non ex vi sua, sed ex impotentia debitoris non est sufficiens, tunc mutatione subiecti, quatenus scilicet fideiussor ex fideiussore fit reus, seu hæres extinguitur quidem actio fideiussoria secundum suam formalem rationem, sed constituit vnam actionem simul cum principali, adeo vt ex ea vtriusque contractus creditor sentiat commodum *l. hæres, §. non est nouum ff. de fideiuss. l. non est nouum, ff. de act. empt., Sebastianus Monticulus in tract. de inuent. q. 9. n. 71., Zanzerus in tr. de except. p. 3. c. 7. n. 18.*

Per successionem non lædit ius creditoris.

Principalis non adimit accessoriam, quando eandem non adæquat.

5 Debitore succedẽte fideiussori fideiussoria obligatio perimitur. Respondeo secundò. Si debitor succedat fideiussori confunditur, & extinguitur actio, seu obligatio fideiussoria vincente eandem principali *Molina d. disp. 546. vers. item expirat, Cuiac. lib. 11. obseru. c. 34., Ioannes Zanzerus in tract. de except. part. 3. cap. 7. num. 9. vers. idem est, si fideiussor, Heringius de fideiuss. cap. 20 sect. 16. num. 45., Ognate dict. tract. 18. disp. 53. sect. 13. num. 184.* Expresè colligitur *ex l. cum reus, ff. de fideiuss.* vbi sic legitur. *Cum reus promittendi fideiussori suo hæres extitit obligatio fideiussoria perimitur. Quid ergo est? tanquam à reo debitum petatur.* Eisdem rationibus innititur

gitur hæc responsio, quibus præcedens; nec obstare potest, si asseratur disparem esse rationem, quia in præcedenti responsione sequela accedit principali obligationi, in præsenti verò principalis obligatio accedit sequelæ, sicque in priori casu sequela extinguitur, non sic in hoc *l. si duo rei §. vlt. ff. de solut.* Non, inquam, obstare potest, quia per præcisam coadunationem vtriusq; obligationis in vno, & eodem subiecto vtraque confunditur, & præualet principalis remota accessoria, parumque referre potest, quod accessoria accedat principali, vel principalis accessoriæ *l. cum reus 14. l. hæres 21. §. quod si hic seruus vers. nec his contrarium esse l. Lucius 25. ff. de fideius. l. cum quis, §. vlt. ff. de solut. l. debitor, ff. de separat.*, ex quo enim vtraque in vno subiecto ponitur semper principalis præualet; nec textus allegatus quidquam euincit, quandoquidem solum asserit, quod quando sunt duæ obligationes principales altera alteri potius adijciatur ad actionem, quam confusionem parere videatur, & in eo textu solum allegatur controuersia inter Sabinum, & Proculum in casu, quo debitor succederet fideiussori, in quo Sabinus affirmat oriri confusionem inter huiusmodi obligationes; Proculus verò negat.

6 **Pignoris obligatio non perimitur, & quare.**

Hic solùm oritur difficultas, an, si fideiussor dederit pignus pro obligatione, quam assumpsit in fauorem debitoris, & deinde instituerit eundem debitorem sibi hæredem, sicuti extinguitur per confusionem obligatio fideiussoria, ità etiam extinguatur obligatio pignoris. Sentio obligationem pignoris non extingui *Bartolus in singul. 35 incip. si fideiussor debitori, Petrus de Rauenna sing. 630., Negusantius in tract. de pignor. 2. membr. sextæ part. princip. num. 7., Heringius de fideiuss. c. 20. §. 16. n. 47.* Singularis est textus *in l. cum quis, §. vlt. ff. de solutionibus*, quem, quia expresè, & in terminis proprijs huius difficultatis loquitur, placet de verbo ad verbum referre. *Qui pro te apud Titium fideiusserat pignus in suam obligationem dedit, post idem hæredem te instituit. Quamuis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit* rationemque adducit, ibi, *Glosa in verbo obligatum*, quia habet suas conditiones hypothecaria, vt duret, donec debitum sit solutum, vel alias satisfactum *l. grege, §. etiam, ff. de pign.* Si autem inquiras, quid, si fideiussor pro sua obligatione alium dederit fideiussorem, & postea debitorem hæredem instituerit? tunc textus *in dict. l. cum quis §. vltimo*, expresè respondet secundam obligationem fideiussoriam dirimi, ibi. *At si idem alium fideiussorem dederit, atque idem hæredem te instituerit, rectius existimari ait ablata obligatione eius, pro quo fideiussor extitit, eum quoque, qui fideiusserit, liberari.* Quod, si inquiras, cur perimatur illa secunda obligatio fideiussoria, & non obligatio pignoris, statim satisfies, qua pignus durat quousque debitum persoluatur, fideiussio autem adhuc debito permanente soluitur quotiescunque perimitur obligatio, in qua fundatur, cum igitur hæc secunda obligatio fideiussoria fundetur in obligatione prioris fideiussoris, hæcque per confusionem perimatur, sequitur, quod, & hæc per accidens perimatur.

7 **Ob mortem fideiussoris non perimitur eius obligatio.**

Ex quibus omnibus etiam liquet, quod ob mortem præcisè fideiussoris non extinguatur obligatio fideiussoria; si enim præcisè extinguitur ob confusionem cum principali obligatione, sequitur, quod, si non coalescat in vno, & eodem subiecto cum illa non perimatur, hocque etiam expresè habetur *in §. fideiussor Instit. de fideius. l. 4. §. vlt. eod. l. fideiussoris, C. eodem titulo.*

8 **Perimitur fideiussoria non principalis.**

Respondeo tertiò. Si fideiussor succedat hæreditariè creditori, vel creditor fideiussori, tunc per confusionem extinguitur obligatio fideiussoria, sed obligatio principalis debitoris adhuc perseuerat. Ità quod primam partem, *Ioannes Zanzerus part. 3. c. 7. n. 7., & nu. 18. vers. tertio casu, Bertazolius clauf. 43. glos. 6. n. 3., Heringius de fideiuss. c. 20. §. 16. n. 27., Ognate tract. 18. disp. 53 sect. 53. sect. 13. nu. 185.* Quoad secundam DD. allegati. Quoad primam partem expresè habetur *in l. hæres, §. quod si stipulator vers. quod si idem, & §. vlt. l. Vranius, ff. de fideius. l. in omnibus, ff. de solut.* Ratio autem ex eo deducitur, quod fideiussor, vt hæres creditoris succedit in omnia iura eiusdem creditoris aduersus quemcumque, ergo succederet etiam contra se ipsum, quod est omninò impossibile, cum idem sibi ipsi non possit obligari. Quod autem in hac hypothesi, quantumuis cesset obligatio fideiussoria, non cesset tamen obligatio principalis debitoris, ex eo euincitur, quia, cum fideiussor succedat, vt hæres creditoris, succedit in omnia iura actiua eiusdem, inter quæ numerantur nomina debitorum, ergo succedit etiam in ius, quod habet ipsemet creditor aduersus principalem debitorem, nec ex eo, quod ipse sit fideiussor pro eodem debito, sequitur, quod ad liberationem sui ipsius liberetur quoque, & ipse debitor; non sequitur, inquam, quia perempta quidem obligatione principali perimitur etiam accessoria, non autem è contra. Quoad secundam partem euincitur, etiam *ex dict. l. Vranius, ff. de fideius. l. in omnibus, ff. de solut. l. de die, §. si fideiussor, ff. qui satisd. cog.*, quarum dispositionum legalium ea ratio est, quia, sicuti ipse creditor hæreditariè succedens fideiussori acquirit omnia iura actiua eiusdem, ità subit omnia onera passiua, sicque

Acquirit iura creditoria contra debitorē.

ficque acquireret ius aduerfus fe ipfum, quod ex allegatis iuribus eft omninò repugnans.

9 Creditor poteft deducere quod fibi ex fideiuffione debetur. Hic oritur ratio dubitandi, an, fi creditor hæres fideiufforis confecerit inuentarium de bonis eiufdem fideiufforis, poffit aduerfus alios creditores rectè deducere, quod fibi ex caufa fideiufforia debebatur. Affirmatiuè refpondet *Zanzerus de except. part.3.c.7.n.18.verf.quarto cafu* per textum *in l.fin. §. in computatione, C. de iure delib., Monticulus in tract. de inuent. qu.9.num.76.*, quos abfolutè vide.

10 Creditore exiftēte hærede debitoris fideiuffio extinguitur. Refpondeo. Si creditor debitoris hæres exiftat confufione extinguitur obligatio fideiufforia, quod idem dic, fi debitor fuccedat, vt hæres creditori *Maranta conf.49. n.4., Neuizan.conf.69., Hottomanus in quæft. illuft.qu.38., Ioannes Goddaus de contrab.ftipul.c.12.nu.90., Petrus Auguftinus Morla in Emporio iuris part.1.tit.8.q.3.n.5., & feqq., Zanzerus de except. part.3.c.7.num.5.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod habetur *in dict. l. Vranius, ff.de fideiufs.*, nempè, quod *vbi fucceffit creditor debitori veluti folutionis iure fublata obligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non poteft pro eodem apud eundem quis mandator effe*; ex eo etenim, quod creditor hæreditatem debitoris adierit, videtur quafi virtualitèr fibi perfoluiffe, ficque extinxiffe obligationem principalem, ad cuius defitionem non potuit non definere etiam acceffioria, & ad hoc reducuntur ea, quæ dicta funt, quod fcilicet in vno, & eodem fubiecto vnirentur fimul actio, & paffio, & idem effet fibimet ipfi obligatus, quæ omnia funt inaudita, & repugnantia.

11 Extinguitur actio fideiufforia in vtraq; caufa, & quomodo. Hic oritur ratio dubitandi in fuppofitione, quod creditor fimul, & fideiuffor hæredes fuerint debitoris, an, inquam, in tali fuppofitione etiam extinguatur actio fideiufforia. Sentio in ea parte, in qua creditor fuccedit, vt hæres debitori, abfolutè tolli actionem fideiufforiam, in ea verò, in qua ipfe fideiuffor fuccedit debitori, extingui quidem obligationem formalitèr, vt fideiufforiam, quæ tamen conuertitur in actionem principalem hæreditariam, quatenus fimul cum illa conflat vnam, eandemque actionem, prout fupra explicabamus. Ratio primæ partis euincitur ex rationibus mox adductis. Ratio verò fecundæ partis euincitur ex ijs, quæ diximus fupra, dum de fucceffione fideiufforis debitori, & ex textu *in l. debitori 50. ff. de fideiufs.*

Ratio verò, quod extinguatur actio fideiufforia per fucceffionem debitoris in iuribus creditoris eifdem fermè fundamentis innititur, quibus innititur fuperior pars, quando fcilicet creditor fuccedit debitori; æquè enim verificatur, quod actio, & paffio adunarentur in vno, & eodem fubiecto, prout etiam fi effet fucceffor creditoris, acquireret omnia iura eiufdem, & fic haberet actionem, prout verò eft debitor verfus fe ipfum haberet onera, ficque paffionem, & per confequens pro eodem effet fibimet ipfi obligatus; fi igitur ad euitanda hæc abfurda ceffat paffio, feu obligatio principalis per confufionem, non eft, cur ceffare non debeat, & actio fideiufforia, quæ eft acceffioria ad eandem, atque iuxtà hunc fenfum procedunt iura *in l. hæres, §. quod fi ftipulator, ff. de fideiufs. l. qui hominem 34. §. quidam l. ficut 75. ff. de folut. l.1. §. fi fideiuffor, ff. ad leg. falcid.* Adunantur actiones, & paffiones in eodem fubiecto.

---

§. VI.

An præfcriptione perimatur obligatio fideiufforia.

SVMMARIVM.

Facti elucidatio, & actiones dubitandi circà ipfum. 1.

Principalis debitor per non folutionem debiti, nec intereffe tempore à iure præfinito legitimè præfcribit fuam obligationem. 2.

Præfcriptione liberato principali liberatur etiam fideiuffor. 3.

Per lapfum triginta, vel plurium annorum fideiuffor liberari poteft, & non amplius conueniri. 4.

Difquifitio VI. Premebatur Caius debito librarum mille imperialium in fauorem Francifci, cui etiam adiecerat fideiufforem Titium. Longo temporis fpacio Caius, nec debitum perfoluit, nec interufuria pro eodem, nec pro eodem tempore fuit pro folutione interpellatus fideiuffor, qui per confequens nec fortem, nec intereffe perfoluit. Hic duæ oriuntur rationes dubitandi. Prima eft, an principalis debitor non foluens nec fortem, nec interufuria pro tempore à iure præfcripto ad præfcribendum legitimè, & efficacitèr præfcribat, & an in ea hypothefi ad præfcriptionem factam per principalem debitorem confequatur extinctio obligationis fideiufforiæ. Secunda, an præfcindendo etiam à præfcriptione principalis debitoris per lapfum temporis à iure præfiniti poffit fideiuffor præfcribere per fe, & directè obligationem propriam fideiufforiam. 1 Duæ rationes dubitandi exponuntur circa factum.

Refpondeo primò, principalem debitorem per non folutionem debiti, nec interufuriorum per tempus à iure præfinitum vtique legitimè præfcribere propriam

2 Debitor per non solutionē tempore præfinitio præscribit suam obligationem.

principalem obligationem *Antonius Gomez 2. var. cap. 23. n. 20. vers. quarto, Ognate dict. tract. 18. disp. 53. sect. 13. nu. 198.*, & colligitur ex ijs, quæ alibi sparsim dicta sunt, & præcipuè ex eo, quia nulla est ratio, quare hoc debitum non possit legitimè tempore præscribi, sicuti alia omnia iura præscribuntur per textum *in l. sicut in l. omnes, C. de præscript. trig. ann. l. si eo tempore, C. de remission. pign.*, nec sanè rationi huiusmodi iura aduersantur, quandoquidem per lapsum tanti temporis præsumitur debitum solutum, siquidem ille, qui tempore liberatur, similis est ei, qui satisfecit *l. si pupillus 45. ff. de administ. tut., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 135. n. 3., Nicolaus Vigelius in method. iur. ciuil. p. 5. lib. 15. tit. 13.*

3 Per præsumptionē principalis liberatur, etiam accessorius.

Respondeo secundò, liberato per præscriptionem principali debitore, per accidens etiam liberatur fideiussor, seu tollitur obligatio fideiussoria *Antonius Gomez loc. cit., Ognate etiam loc. cit. n. 198.* quidquid ex aduerso dixerit *Heringius de fideius. c. 20 §. 18. n. 9.*, quod, quamuis liberato reo solutione, vel acceptilatione liberetur etiam fideiussor, liberato tamen reo tempore, non liberetur fideiussor, cum multum intersit, resoluatur, an persona liberetur *l. vlt. ff. de duobus reis, Cuiac. ad afflict. tract. 7. pag. 398.* Ratio ex eo deducitur, quod sublata quomodocunque obligatione principali desinit ex consequenti quæcunque obligatio accessoria in eadem fundata per ea, quæ latè supra probauimus; æquè autem obligatio principalis tollitur præscriptione, ac acceptilatione, & solutione, cum præscriptio ipsa præsumptione iuris æquiualeat solutioni *arg. textus in l. sicut in rem, & in l. omnes, C. de præscript. trig. annor., & in l. 2. C. de constit. pecun.* neque aliquam vim faciunt ea, quæ ex aduerso refert *Heringius loc. cit.*, quandoquidem ex motiuo solutionis præsumptæ persona liberatur; & certè etiam per acceptilationem non ponitur vera, & realis solutio, nec tamen ipse Heringius negat, quod, si per acceptilationem liberetur reus, liberetur etiam fideiussor.

4 Fideiussor eximitur præsumptione.

Respondeo tertiò, per lapsum triginta, vel plurium annorum fideiussor liberari potest, vt non amplius possit conueniri, *Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 135. nu. 3., Petrus Gilbenius de præscript. part. 2. membr. 2. cap. 3. num. 48.*, non enim video, cur, si principalis debitor ratione lapsus temporis à iure præfiniti potest per præscriptionem perimere onus suum, idem non possit interuenientibus debitis conditionibus perimere, & fideiussor, cum temporis cursus tollat actionem realem, & personalem *c. illud, & c. ad audientiam de præscript.*, & qui tandiù tacet, dicitur tacitè iuri suo renuntiare *l. apud eum ff. de censibus, & l. si eo tempore, C. de remiss. pign. iuncta l. locator horrei, ff. locati.*

---

§. VII.

An sententia definitiua tollatur obligatio fideiussoria.

SVMMARIVM.

Exponitur status quæstionis. 1.
Lata sententia definitiua absolutoria in fauorem principalis debitoris exceptione rei iudicatæ perimitur obligatio fideiussoria. 2.
Lata sententia definitiua condemnatoria rei principalis non perimitur obligatio fideiussoria. 3.
Lata sententia definitiua in causa criminali fideiussor iudicio sisti liberatur. 4.

Disquisitio VII. Agente coram Iudice Caio creditore aduersus Fabium debitorē, vel Sempronium fideiussorem eiusdem lata est per eundem Iudicem sententia definitiua, qua, vel reus absolutus est, vel fortè etiam condemnatus. Quæritur iam, an per hanc definitiuam sententiam, siue absolutoria fuerit, siue condemnatoria tollatur obligatio fideiussoria. Hoc idem, quod dicitur in fideiussore contractus inquiri potest de fideiussore in causa criminali, siue de iudicio sisti, siue de iudicato soluendo. — 1 Status cōtrouersiæ expositus.

Respondeo primò, si lata fuerit sententia definitiua absolutoria in fauorem rei conuenti obligatio fideiussoria exceptione rei iudicatæ aduersus creditorem conuenientem eliditur *Tiraquel in repet. l. boues, §. hoc sermone num. 48. ff. de verb. significat., Hypolitus in rub. de fideius. n. 212., Vulsembec. in parat. nu. 6. in fin. ff. de fideiuss., Francus de fideiuss. c. 6. n. 133., Heringius de fideius. c. 20. §. 19. n. 1., & seqq., Bartolus in l. 1. ff. iudicat. sol., Baldus in l. 1. C. de vsur. rei iudic.* Dixi, *exceptione rei iudicatæ eluditur*, propter nonnullos asserentes per sententiam absolutoriam tolli quidem actionem ciuilem, non verò naturalem. — 2 Extinguitur obligatio fideiussoria

Probatur iam responsio, quia reus per sententiam absolutoriam acquirit ius, ne conueniatur ab actore, & si conueniatur, quod possit excipere de re iudicata, & excipiendo eludere eiusdem actionem *l. Iulianus in princip. ff. de condition. indeb.*, ergo eadem exceptione poterit fideiussor eiusdem actionem elidere, siquidem iura, quæ perimunt obligationem principalis, perimunt quoque proportionalitèr obligationem

nem accefforij per fupra allegata iura.

Refpondeo fecundò, fi lata fuerit fententia definitiua condemnatoria rei principalis non perimitur obligatio fideiufforia *Glofa in l. 1. C. de iudit., Cancinncula in §. præterea Inftit. quib. mod. tol. oblig., Heringius de fideiuf. c. 20. §. 19. n. 5.* Efficacior probatio huius refponfionis erit confutatio rationis, quæ ex aduerfo opponi poteft, quæ confiftere poteft in eo, quod per illam fententiam, quantumuis condemnatoriam rei inducitur perfecta nouatio, quandoquidem confurgit noua actio iudicati nimirum, in quam transfunditur prima actio; per nouationem autem tollitur obligatio accefforia; fed hæc ratio nihil euincit, quandoquidem vetus actio in nouam non transfunditur, fed illi cumulatur, & eft potius actio illius confirmatoria, quàm deftructiua, & licet dicatur, quod tunc creditor agat actione iudicati, quæ antecedentèr non erat, hæc tamen actio fundatur in præcedenti obligatione, ergo, fi prior obligatio perfeuerat, in qua radicatur actio iudicati, non erit, cur definere debeat actio fideiufforia, cum non deftruatur directè, & per fe in fe, cum fententia ipfam immediatè non feriat, nec per accidens, & indirectè ad defitionem principalis obligationis, cum adhuc hæc in fuo effe perfeueret; atque ad hoc maximè faciunt ea, quæ afferunt *Glofa, & DD. in d. l. 1. C. de iuditijs.*

3 Condemnato reo non abfoluitur fideiuffor

Refpondeo tertiò. Lata fententia definitiua, etiam in caufa criminali liberatur fideiuffor iudicio fifti *Cremenfis fingul. 11., Ioannes Vincentius Hondedeus confultat. 111. n. 36., Ancharanus Regienfis q. 15. n. 3. lib 2., Alciatus in l. fi pacto quo pœnam nu. 15. C. de pactis*, hocque fiue fententia fuerit abfolutoria à lite, & obferuatione iuditij *l. properandum, § fiquidem, C. de iudic.*, fiue condemnatoria *l. gracè, §. & poft litem, ff. de fideiufs.* Exprefsè colligitur *ex d. l. gracè, §. & poft litem*, vbi dicitur, quod poft litem conteftatam poteft accipi fideiuffor, & fideiuffor de iudicio fifti non teneatur poft fententiam, ibi, *An ergo condemnato Reo exceptione vti fideiuffor poffit, quæritur, nam ipfo iure non liberatur, & fiquidem iudicati actionis acceptus non eft, fed tantum litis exercitationis, rectiffimè dicatur, vti eum exceptione*, vbi tamen excipitur, fi fideiuffor acceptus fuerit pro tota caufa, nam non liberatur reo condemnato, quia, vt benè habet *Hondedeus conf. 111. n. 37.*, iuxtà *Bartolum in l. fi quis reum num. 2. ff. de cuftod. reor.*, tunc fideiuffor tenetur lata etiam fententia condemnatoria reum præfentare propter executionem faciendam eiufdem fententiæ condemnatoriæ.

4 Fideiuffor iudicio fifti liberatur fententia definitiua

§. VIII.

An finitione inftantiæ tollatur obligatio fideiufforia.

SVMMARIVM.

Difquifitiones VIII. Conteftata iam lite, inductaque prima inftantia, pro eadem in fauorem Rei admiffus fuit fideiuffor. Finita iam inftantia, vel per fententiam Iudicis definitiuam, vel per lapfum temporis ad ipfam dirimendam fufficientis, contendebat adhuc actor in caufa aduerfus fideiufforem; atque hic orta fuit controuerfia, an legitimè aduerfus eundem contenderet, an verò eiufdem fideiufforis intelligeretur perempta obligatio fideiufforia. 1 Factum elucidatur.

Ex forma fideiuffionis dirimenda res eft, vel enim fideiuffor adiectus eft præcisè ad primam, feu pro prima inftantia, vel adiectus fuit exprefsè pro quacunque inftantia, & pro quacunque caufa, vel fimplicitèr adiectus fine expreffione, vel pro prima, vel pro fecunda inftantia, vel pro qualibet alia. Pro quo aduerte, inftantiam nihil aliud effe, quam exercitationem iuditij à litis conteftatione vfque ad fententiam per textum *in l. & poft edictum, § penult. ff. de iudicijs, Afinius in praxi iudic. in princip.* 2 Quomodo fideiuffor poffit effe adiectus.

Refpondeo primò. Si fideiuffor acceptus fuerit ad primam inftantiam fimplicitèr eadem finita perimitur abfolutè obligatio fideiufforia *Hypolitus in rubr. de fideiufs. n. 208., & feqq., Auguft. Berous conf. 14. n. 6. vol. 3., Stephanus Bertrandus conf. 171. nu. 5. vol. 1., Afinius in prax. iudic. §. 2. c. 13. n. 33., Menochius conf. 212. n. 21. lib. 3., Ioannes Goddaus de contrah ftipul. c. 12. concl. 11. num. 87.* Ratio autem deducitur, quia fideiuffor non poteft ad quid amplius obligari, ac ad illud, ad quod fe obligauit, vt per fe eft manifeftum; cum igitur fe obligauerit præcisè ad primam inftantiam, ea terminata per fententiam non poteft amplius, nifi per 3 Eximitur finita prima inftãtia, fi ad primam folũ fuerit adiectus.

nouum

nouum ipsius consensum obligari; vndè, sicut dicebatur *ex d.l.gracè, §.& post litem, ff.de fideius.*, quod, sicuti, si acceptus fuerit fideiussor litis exercitationis, hic condemnato reo munire se potest, quia instantia per sententiam definitiuā finita est, ita &c. Confirmatur paritate, quia Procurator electus ad primam instantiam eadem finita non amplius tenetur *l.inuitus, & ibi DD. C. de procurat.*, *Gailus lib. 1. obseruat. 139. nu. 11.*, ergo neque fideiussor obligatus ad primam instantiam vltrà illam obligabitur *Vusembech. in parat.ff.de procurat.nu.11. vers. finitur etiam mandatum*.

4 Non tenetur in causa appellationis. Ex quibus licet deducere, quod fideiussor simplicitèr acceptus in prima instantia non teneatur in causa appellationis, si appellatio fuerit interposita *l.cum apud, ff. iudic.solui l. non à Iudice, §. vlt.ff.de iudicijs, §.verò vers.dabit fideiussor institut.de satisd.*, *Altiatus resp.5.nu.10. lib 5.*, *Clarus in pract. Criminali, §.fin.q.46.n.20.*, *Hieronymus Gratus respons.102.num.5.lib.1.*, *Costalius in l.in causa, §.si ex parte,ff.de procurat.*, non enim appellationis instantia eadem est cum prima *Viencentius Carocius decis. 115. num. 3.*, *Gailus lib.1.obseruat.76.n.1. per c per suas de appellation.*, nam licet vtraque instantia respiciat eandem materiam, non tamen idem iudicium *Mesinger resp.85.n.8.*, *Baldus cons 272.lib.2.*, *Bartolus in l.cum apud, ff. indicatum solui*, vbi sic expressè *fideiussor acceptus in prima instantia non tenetur in eo, quod iudicatur in causa appellationis*.

5 Non eximitur, si accesserit pro quacunque instantia. Respondeo secundò, si fideiussor acceptus fuerit pro quacunque instantia, tunc certè finita prima instantia adhuc obligatur in causa appellationis *Muscatellus in pract.fideiuss.p.1.modo 12.num.11., & seqq. Heringius de fideiuss.c.20.§.20.n.15., & seq.* Ratio est, quia fideiussor obligatur secundum normam fideiussionis per eum præstitæ, & verba fideiussionis debent intelligi cum effectu, ergo, cum in fideiussione dictum fuerit in quacunque instantia, referri debet etiam ad causam appellationis.

6 Præsumitur pro prima instantia tantum adiectus. Respondeo tertiò, si fuerit fideiussor simplicitèr adiectus, & acceptus post contestationem litis sine expressione, an pro prima instantia, an pro secunda, & vlteriori regularitèr præsumi debet pro prima instantia tantum. Ratio ex eo desumitur, quia in dubio in contractibus, in quibus spontè quis se obligat in fauorem, vel ad instantiam alterius, præsumptio, seu interpretatio fieri debet, vt se obliget in mitiorem partem, quantum est ex parte sui, & ad quantum solum tunc vrget necessitas, sed necessitas vrget dumtaxat pro prima instantia, & mitius est respectu sui, quod se obliget solum pro prima instantia, quam pro vlteriori, ergo &c.

Dixi, *regularitèr loquendo*, non enim negauerim, quod, si Iudex exegerit fideiussorem, qui promittat præsentare reum in omne tempus, quoties à Iudice fuerit petitum, intelligatur etiam obligatus pro secunda instantia *Heringius de fideiuss.c.20. §.20. nu. 15.* Item si verba fideiussionis sint admodum generalia, & prægnantia *Aretin.in §.1. Instit. de satisd.*, *Gratus resp. 34. num.5.lib.2.*, tunc enim videtur obligari in omnem casum, & instantiam. Item, si sententia per viam appellationis fuerit primæ sententiæ conformis, videtur fideiussor obligari etiam vltrà primam instantiam *Baldus in l. Iulianus, ff. qui satisd. cog.*, *Gratus resp. 34. num. 7.*, hocque propter eam rationem, quia alias esset in potestate fideiussoris euitare promissionem de iudicatum soluendo interposita appellatione. 7 Nonnullę exceptiones.

De alijs actionibus, quibus dissoluitur obligatio fideiussoria agit *Heringius de fideiuss.cap. 20. per totum*, sed, quia de multis sparsim actum est in præcedentibus Prænotionibus, & Disquisitionibus, & de alijs ex hucusque dictis facilis potest esse discussio, ideò ijs omissis ad alia me confero.

---

§. IX.

An fideiussori coactè indebitum soluenti competat actio aduersus principalem debitorem.

SVMMARIVM.

Elucidatur factum in suis terminis. 1.
Exponitur etiam ratio dubitandi. 2.
Si fideiussor legitimè in illa conuentione exceperit habet regressum aduersus debitorem. 3.
Ageret tunc contra debitorem actione mandati virtualitèr, & quomodo. 4.
Quamuis non haberet mandatum explicitè à debitore ad soluendum, haberet tamen implicitè. 5.

Disquisitio IX. Adiectus fuerat Caius fideiussor pro debito Francisci de summa librarum mille Imperialium in fauorem Theodorici creditoris, qui, vel ex causa, vel fortè etiam sine causa conuenit relicto principali debitore Caium fideiussorem, qui iniustè condemnatus fuit ad soluendum indebitum, quantumuis conuentus exceperit de insubsistentia conuentionis ad illud indebitum. Hic nata fuit controuersia, an, sicuti fideiussor habet regressum aduersus debitorem princi- 1 Exponitur factū.

cipalem ad repetendum solutum debitum, ita habeat etiam regressum ad repetendum solutum indebitum.

2 Ratio dubitãdi exposita. Videtur prima fronte, quod debitor principalis ad restituendum illud indebitè solutum non teneatur, quandoquidem ipse ad illud non tenebatur principalitèr, nec modo tenetur actione mandati, cum pro eo sibi non adsciuerit fideiussorem, vndè propriæ conditioni debet imputare fideiussor, quod fuerit etiam per iniuriam Iudicis, seu Superiorum compulsus ad illud persoluendum. Nihilominùs

3 Si excepe- rit habet regressum. Respondeo. Si fideiussor conuentus obiecerit omnes exceptiones sibi, & reo principali competentes, & nihilominus condemnatus fuerit ad soluendum indebitum habet vtique actionem, seu regressum aduersus eundem principalem debitorem, vt in illo compensetur, seu æquiualens sibi restituatur. *Baldus in l. venditor in §. solet, ff. de hæred., vel act. vend., Abbas in conf. 60. Incip. quoniam satis abundè in prima col. vol. 1., Bartolus, & Ioannes Andræas in regul. damnum de reg. iuris in 6., Hypolitus de Marsil. tit. de fideiuf. qu. 24. n. 186., Alexander in l. sciendum in 2. col. ante fin. ff. de verb. obligat. Salicetus in l. si pro eo in fin. C. mandati*. Ratio autem huius responsionis ea esse potest, quia mandatarius potest agere contra mandatorem, nedum pro sorte principali, quando pro eo soluit, sed etiam ad omnia damna, & interesse per textum *in c. peruenit, & c. constitutus de fideiussor., & in l. inter causas, §. impendia, & l. qui mutuam in fin. ff. mandati*, quinimmò etiam ad damna ex casu fortuito obuenientia, si præuideri potuerunt *Innocentius in c. sicut de iur. iur., Ioannes Andræas in reg. accessorium de reg. iur. in 6.*, nec incongrua sanè ratione hæc decernuntur, quandoquidem hæc omnia damna obueniunt non ex propria conditione eiusdem fideiussoris, sed ex causa debitoris, cum hæc consequantur ad debitum, sine quo non obuenirent. Hanc assertionem expresè firmat textus *in l. nam & seruus, ff. de negot. gest.*, vbi dicitur, quod quando vnus pro alio redimendo cogitur pecuniam soluere, recuperet solutum actione negotiorum gestorum. (Damna obueniũt ex causa debitoris)

Hic tamen aduerte, quod ad effectum recuperandi aduersus principalem debitorem solutum indebitum requiratur, quod ipse fideiussor obiecerit omnes exceptiones sibi, eidemque principali debitori competentes, nam, si prætermittat secundas illas debitori competentes, si soluat, non habet mandati actionem, tanquam soluat odio ipsius debitoris, nam licet excusetur ignorantia facti, non tamen excusatur ignorantia iuris *l. si fideiussor, ff. mandati, Abbas d. conf. 60. Incip. quoniam satis abundè num. 1.*

Si autem hic inquiras, qua actione possit fideiussor repetere a principali debitore indebitè solutum. Dicerem, hoc præstare posse actione mandati virtualitèr imbibiti in illo præcedenti mandato fideiussionis *Abbas in d. conf. 60. n. 1. in fine*; nam, qui mandatum dat ad aliquod, intelligitur ex vi mandati se obligare ad ea omnia, quæ consequuntur ad illud; conformitèr ad quæ optimè dicit *Innocentius in dict. cap. sicut de iure iur.*, quod vocans aliquem ad bellum iustum teneatur illi actione mandati ad omnium damnorum refectionem, licet iniusta damna fuerit passus, quia hoc est de natura mandati, etiam si per casum fortuitum illa damna contingant. 4 Actione mandati virtualitèr ageret contra debitorẽ.

Ex his patet quid respondendum sit ad rationem dubitandi, quæ in contrarium afferebatur, quamuis enim adhoc mandatum explicitum non dederit, ex quo tamen dedit mandatum ad fideiussionem, intelligitur implicitè mandatum dedisse ad ea omnia, quæ ex illo consequuntur *argum. in l. Lucius, ff. Paulus respondit, ff. de administ. tut.*, vbi dicitur, quod, quando fideiussor obligatur ad aliquid, similitèr censeatur obligatus ad omnem actum connexum cum illo ex vi præcedentis mandati; nam connexorum, & dependentium idem est iudicium, & idem iudicamus de connexo, quod de principali *l. proindè si seruum, ff. ad leg. Aquil.*, neque obesse potest, si afferatur, onus illud soluendi indebitum non esse ex se connexum cum principali mandato, sed hoc dependere ex peruersitate Iudicis iniquè condemnantis; non, inquam, obesse potest, quia, quamuis reuera ex natura sua damna illa non consurgant ex mandato, consecutiuè tamen ab illo proueniunt, nam, si fideiussor non accessisset, damna illa non fuisset passus, sicque quod causa alterius passus est, debet ab illo per reparationem consequi, ne ex beneficio maleficium reportet, & ex natura fideiussoris est, vt conseruetur indemnis. (5 Explicatur illud mandatũ implicitè) (Connexorum idem est iudicium)

---

§. X.

An emptor periculi quoad proprias merces possit agere aduersus assecuratorem, si ex aliquo casu merces non possent traijci.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series in suis terminis particularibus. 1.

Impedita nauigatione ex causa fortuito non potest

potest Nauclerus venditor illius periculi exigere conuentum pro periculo, nec retinere, si fuerit sibi solutum. 2.

Si impedimentum ortum fuerit ex causa Domini mercium, tunc assecurator potest exigere conuentum, & retinere. 3.

Ille contractus assecurationis intelligitur esse conditionalis. 4.

1 Elucidatur factũ in sua serie.

DIsquisitio X. Contulit in nauim Mercator suas merces traijciendas in Hispaniam, easque, vt tutas in illa regione haberet, emit à Magistro Nauis, vel ab alio mercatore periculi euentum conuento pro tali euentu de certo, & determinato pretio. Contigit, quod nauis illa, & per consequens merces illæ non enauigauerint vel quia fuerunt publicatæ, vel alitèr detentæ. Orta hic fuit controuersia, an mercator emptor euentus periculi teneatur, nihilominus soluere pretium conuentum, si antea non persoluerit, vel non repetere solutum, si iam persoluerit.

2 Impedita traiectione ex casu fortuito assecurator non potest exigere.

Respondeo cum distinctione, vel enim ideò non potuerunt traijci illæ merces, quia impedimentum ortum fuerit ex casu fortuito, vt quia nauis frangitur, vel aliter non possit è portu exire, vel prouenit ex vitio rei, quia illæ merces sint publicatæ ob crimen Domini, vel alitèr detentæ. Iuxtà primum membrum distinctionis assero, quod, si impeditur nauigatio, vel quia nauis sit combusta in portu, vel fracta, vel Rex, vel Imperator eam assumat pro suis necessitatibus, vel Reipublicæ, non possit venditor illius euentus periculi exigere conuentum pro periculo, nec retinere, si iam fuerit solutum. *Santerna de assecur., & sponf. mercat. parte 3. num. 26.* Iuxtà secundum sensum sentio, venditorem euentus illius periculi posse exigere conuentum, vel solutum retinere. Fundamentum primæ partis educitur *arg. textus in l. maritus, ff. locati*, & est textus notabilis *in l. si venditor, ff. de hæred., & act. vend.* nec obesse potest textus *in l. penult. C. de condict. ob causam*, vbi dicitur, quod, si causa, pro qua pecunia datur, non sequatur sine culpa recipientis, sed fortuito casu, non detur repetitio; Non, inquam, obesse potest, quia ille textus procedit in casu, quo contractus omninò perfectus erat non dependens à conditionis euentu, & per ipsum trãslatum erat perfectum dominium, & per consequens, si res perierit, non perit ei, qui vendidit, sed ei, cui erat tradenda, qui per consequens non potest repetere pretium solutum; quod non euenit in casu nostro, vt infrà patebit, quia contractus huiusmodi est conditionalis; nec minus officere potest, si asseratur, quod hic pecunia fuerit data solummodò, vel promissa, vt assumeretur euentus periculi, quod factum est eo ipso, quod assecurator assumpsit in se euentum periculi, promittendo, si euenerit casus contrarius, valorem mercium, & sic in spe euentus tenet venditio, *l. nomine, & l. si nomen, ff. de hæred., & act. vend., & l. si iactum, ff. de contr. emp.* non, inquam, officere potest, quia huiusmodi contractus est contractus conditionalis, si scilicet sequatur nauigatio, & contingat periculum, qua propterea non sequente, nec eueniente periculo, non sequitur contractus perfectio, adeoque non est, cur emptor illius euentus periculi teneatur.

3 Secus, si ex culpa assecurati

4 Contractus est conditionalis.

Fundamentum secundæ partis desumitur *ex l. in executione, §. fin. ff. de verb. oblig.*, & ex textu *in l. Lucius Titius, ff. de euict.*, vbi æquiparatur Dominus mercium emptori; sicuti igitur emptor, qui ex sua culpa constituit rem venditam in statu, quo venditori non possit conferri, tenetur ad restitutionem pretij, ità assecuratus, qui ex sua culpa impedimentum apposuit, ne res sua deferretur, tenetur ad pretium, pro quo conuenit; tunc enim, vt optimè asserit *Santerna dict. part. 3. de assecurat., & sponf. mercat. num. 25. in fine*, conditionis euentus perindè est, ac, si fuerit positus in fauorem assecurantis, sicque notabilis apponitur limitatio *ad l. in executione, §. fin. ff. de verb. obligat.*, quod tunc demum conditio in contractu haberetur pro impleta, quando per factum alterius impeditur.

Conditionis euentus perindè est, ac si fuerit positus.

---

§. XI.

An assecuratio nauis simplicitèr facta intelligatur de prima tantum nauigatione, an de vlteriori.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.

Assecuratio assumpta per illum mercatorem intelligitur pro prima nauigatione. 2.

In dubio verba debent intelligi per prius, non per posterius. 3.

Limitandum est, quando pretium conuentum æquiualet duplici nauigationi. 4.

DIsquisitio XI. Traijci debebat nauis quædam Hispalim onusta mercibus. Conuentio facta fuit inter Dominum mercium, & quendam mercatorem de assecuratione eiusdem nauis, & mercium conuento etiam de certo, & determinato pretio. Appulit Hispalim nauis cum mercibus illæsa, cumq; ibi Dominus de facili cõmertium mercium non haberet traiectio-

iectionem earundem mercium in eadem nauì alio destinauit. Contigit, vt in illo itinere Hispali in alias destinatas regiones nauis cum mercibus periclitaretur, vnde, cum mercator simpliciter onus in se assumpserit illius nauigationis non facta expressa mentione de assecuratione pro prima, vel secunda nauigatione, orta fuit controuersia, an assecuratio simpliciter concepta sine vlla expressione intelligenda esset de prima nauigatione, vel de quacunque, quousque merces illæ fuerint in certum locum ibi mansuræ asportatæ. Casus, qui in his terminis proponitur de traiectione in Hispalim, intelligi etiam potest de traiectione in loco indeterminato, & postquam nauis ad vnum locum peruenerit ex dispositione postea Domini post aliquod temporis alio transferatur, & in secunda nauigatione nauis ipsa cum mercibus periclitetur.

1 Status controuersiæ expositus

2 Supponitur pro prima nauigatione.

Respondeo, assecurationem assumptam per illum mercatorem intelligendam esse solummodò de prima nauigatione *Baldus in l. licet, C. locati in 4. qu., Angelus in l. dotem, ff. de iur. dot., Santerna de assecur., & spons. mercat. part. 3. num. 30., Iason in l. diuortio, §. quod in anno nu. 15. ff. sol. matrim., Iason in l. duobus, §. si ei qui num. 10. ff. de iur. iur., Alexander cons. 16. vol. 4.* Hæc responsio clarè liquet argumentis plerisque ex paritate à iure desumptis, & primò *ex l. fideicommissa, §. si quis ità, ff. de legat. 3.* ex quo asserit Baldus, quod promissio de aliquo reficiendo intelligitur de prima refectione, non de alia; secundo *ex l. dotem, ff. de iur. dot.*, vbi Angelus asserit, quod qui promisit securitatem bannito intelligatur promisisse de prima vice, & non de vlteriori, nisi expresse conuentum fuerit. Tertiò *ex d. l. diuortio, §. quod in anno, ff. solut. matrim.*, vbi Baldus ait, quod qui vendit vuas, vel rosas viridarij, quæ solent bis in anno fructuare non intelligatur vendere, nisi primum fructum, nisi aliud expresserit. Ratio autem horum omnium ea est, quia in dubio verba debent intelligi per priùs, & non per posteriùs hoc est de primo actu, & non de secundo *Bartolus in l. 1. ff. ad leg. Iul. maiest.* Ad hæc omnia confirmanda potissimum faciunt ea, quæ dicta sunt *hoc eodem tom. 4. sub tit. Contractus X. de locat., & conduct. Disqu. 1. §. 24. fol. 120.* de eo, qui promisit indefinitè refectionem rei conductæ, qui ex vi illius promissionis non tenetur, nisi ad primam refectionem per DD., & iura ibi allegata.

3 In dubio verba debent intelligi per prius, nō per posterius.

Neque obesse potest, si asseratur, quod promissio simpliciter concepta sine vlla limitatione videatur habere vim promissionis indefinitæ, promissio autem indefinita potius extenditur, quàm restringatur, quia æquiualet vniuersali *l. 1., & ibi Bartolus, & DD. ff. de reg. iur., Bartolus in l. si plures, ff. de leg. 3., Dinus in rub. de reg. iuris in 6., Alexander cons. 23. part. 4.* Non, inquam, obesse potest, quia, vbi agitur de onere respectu se obligantis non est facienda extensio, tunc etenim ex præsumpta contrahentis grauati intentione restringitur. Vide, quæ *loc. cit.* dicta sunt.

Vbi agitur de onere nō est faciēda extensio.

Limitarem tamen in casu, quo pretium conuentum pro tali assecuratione indeterminata iuxtà communem consuetudinem, seu iuxtà vsum fori æquiualeret duplici nauigationi, tunc etenim præsumendum esset, quod assecurator ad vtrumque se obligauerit *Bartolus in l. tum quidem, ff. de ann. leg. in qu. de pitantia relicta indeterminata fratribus minor., Abbas in cap. fin. de treg., & pac., Alexander in l. gracè, ff. de fideiuss., Bartolus ad l. triticum, ff. de verb. oblig.*

4 Secus, vbi pretium conuentū excederet

---

§. XII.

An assecurator teneatur de rebus deperditis in scapha nauis causa exonerandæ mercis.

SVMMARIVM.

Facti series in suis terminis. 1.

Assecurator, vbi aliud non fuerit expressum, non tenetur de rebus deperditis in eadem scapha. 2.

Quod est in portu Ciuitatis intelligitur esse in eadem. 3.

Secus si fuerit dictum de assecuratione vsque ad terram. 4.

Facta assecuratione de mercibus existentibus in naui traijciendis, si per assecuratorem transferantur ab vna in aliam nauim, & secunda casu fortuitò depereat, & prima salua traijciatur periculum pertinet ad assecuratorem, si pracisè assecurauerit nullo habito respectu ad nauim in particulari. 5.

Item si vtraque nauis perierit. 6.

Disquisitio XII. Assecurauerat merces traiciendas Genua in Hispaniam Antonius assumptis in se periculis earundem pro certo, & determinato pretio conuento. Appulit nauis cum mercibus ad portum destinatum, cumque indè exoneranda esset nauis, & merces deferendæ in Ciuitatem depositę fuerunt eædem merces in scapha, vt indè faciliùs deferrentur, & scapha ipsa cum mercibus in portu deperijt. Orta hic fuit controuersia, an assecurator de illo periculo, seu de interitu mercium teneretur ex vi assumpti muneris assecurationis.

1 In quo consistat difficultas.

Respondeo, nisi aliud fuerit expressum, assecuratorem non teneri de rebus deper-

 di-

Non tenetur de rebus sic deperditis.

ditis in eadem scapha, *Baldus in l. proponas, C. de nau. foen.*, *& cons. 357. num. 1. vol. 5.*, *Santerna part. 3. num. 39. de assecur.*, *& sponf. mercat.* Ratio autem ex eo desumi potest, quia in conuentione assecurationis assecurator non assumpsit in se periculum scaphæ, sed dumtaxat nauis *argum. l. quidquid, ff. de verb. obligat.*, nec appellatione nauis venit scapha *l. fin. ff. de fund. instruct.*, & casus contingens in naui non extenditur ad scapham *Baldus in l. proponas, C. de naut. foen.*, vndè etiam dicitur, quod confiscata naui non intelligitur confiscata scapha *Bartolus in l. fin. ff. de fund. instruct.*, *& in l. imperium in 5. gradu meri imperij, ff. de iurisdict. omnium iud.* Accedit, quod assecurator in se assumpsit periculum vsque ad Ciuitatem, ad quam ordinata est tractio, ergo dum nauis tuta peruenerit ad talem portum, ampliùs non tenebitur assecurator. Consequens probatur, quia, quod est in portu Ciuitatis, & in eodem fit, videtur fieri, & factum in Ciuitate per textum *in l. insula, ff. de iudic.*, *Baldus cons. 357. num. 1. vol. 5.*

3 Quod est in portu Ciuitatis intelligitur esse in Ciuitate.

4 Existẽtes in scapha nondicũtur in terra existere.

Limitanda tamen est responsio in hypothesi, in qua secundum verba contrahentium argueretur conuentio assecurationis vltrà exitum maris, vt si diceretur assecuro merces in naui existentes vsquequo ad terram fuerint delatæ; tunc etenim periculum in scapha pertineret ad ipsum assecuratorem, ex quo periculum assumpsit vsque ad terram, non enim existentes in scapha in exoneratione nauis dicuntur in terra existere.

Alia limitatiõ responsionis.

Limitant etiam aliqui in casu, quo nauis non possit intrare portum Ciuitatis, quia hac de causa facta exoneratione perindè iudicatur, vt in naui, quia illa exoneratio fit causa nauis, quæ, ex quo non est ingressa in portum, non adhuc remanet in tuto, atque ità limitare videtur *Santerna dict. part. 3. de assecur.*, *& sponf. mercat. num. 39.* per iura ibi allegata.

Hic obiter occurrit ratio dubitandi, an, si assecuratio facta fuerit de mercibus existentibus in tali naui traijciendis in Hispaniam, & merces illæ, vel ante nauigationem, vel in medio nauigationis fuerint translatæ in aliam nauim proficiscentem etiam in Hispaniam, an, inquam, si nauis illa, in quam fuerunt translatæ merces, periculum subierit, vel quia capta fuerit à piratis, vel tempestatibus obruta, antequam perueniret ad locum ordinatum, periculum pertineat ad assecuratorem, an verò ad dominum mercium. Ex forma conuentionis inter assecurantem, & assecuratum dirimenda est controuersia; si enim præcisè conuenerint de assecuratione mercium nullo habito respectu, vel ad hanc, vel ad illam nauim, & tunc dubium non est, quod si, vel in vna, vel in altera merces fuerint deperditæ, periculum pertineat ad assecurantem, quandoquidem quomodocunque ad hoc se obligauit, nec potius in vna, quàm in altera naui, si verò conuenerint de assecuratione mercium in tali naui, tunc distinguendum est iuxtà textum *in l. fin. §. si ea conditione, ff. ad leg. Rhodiam de iactu*; vel enim vtraque nauis tam scilicet illa, in qua prius erant merces, quam illa, in quam fuerunt translatæ, deperdita est, & tunc certè illud periculum pertinet ad assecurantem, quandoquidem æquè damnum contigisset in prima naui per eundem textum; vel tantum nauis perijt, in quam merces illæ fuerunt translatæ, & tunc assecurator non videtur teneri, quandoquidem de prima tantùm naui conuenit; rationemque adducit *Santerna dict. part. 3. num. 35.*, quia non est par ratio assecurationis, quando merces deuehuntur in vna naui, ac quando in altera transferuntur, cum hoc soleat principaliter considerari inter mercatores per textum *in l. item quæritur, §. 1., & 2. ff. locati.* Verum tamen est, quod in hac hypothesi, si nauta nulla necessitate coactus merces illas de prima in aliam nauem deteriorem transtulerit, in qua damnum illud passæ fuerint, teneatur actione ex conducto versus Dominum earundem mercium per textum *in d. l. fin. §. si ea conditione, ff. ad leg. Rhod. de iactu.*

5 Si præcisè assecurauerit tenetur de periculo.

6 Item si vtraque nauis perierit.

---

§. XIII.

An simplex approbator nominis alterius contrahentis teneatur versus alterum.

SVMMARIVM.

Tota, & dilucida series facti determinati. 1.

Sententia negans approbatorem obligari, eiusque rationes. 2.

In data hypothesi approbator tenetur subsidiariè pro complemento contractus. 3.

Soluuntur rationes aduersæ. 4.

DIsquisitio XIII. Bibliopola quidam assuetus cum Bibliothecarijs contrahere, vel per librorum permutationem, vel per venditionem eorundem per se impressorum, vel alio quocunque modo, Auctori cuiusdam operis proposuit hanc oblationem, vt, si libros sui operis permutare vellet cum libris, quorum seriem exhibuit cuiusdam bibliothecarij Lugdunensis, ipse contractum permutationis concluderet sub certis conditionibus, prout in forma oblationis,

1 Exponitur facti series cõtingentis modo in praxi.

nis. Renuebat auctor, vel fortè præscius futurorum damnorum ex tali conuentione propter non cognitionem bibliothecarij, vel fortè, quia totalitèr libris exhibitis in oblatione non indigeret. Anxius talis permutationis bibliopola maximè commendauit nomen bibliothecarij Lugdunensis asserens, esse notæ integritatis, & probitatis. Vlterius ad inducendum Auctorem ad talem contractum ipse se obligauit in hanc conuentionem, vt ex centum libris, quos Auctor mitteret Lugdunum, ipse solueret pretium pro quinquaginta, tali tamen adiecto pacto, vt libri permutationis, qui Lugduno Mediolanum mitterentur, æquis portionibus diuiderentur inter se ipsum, & eundem Auctorem. Rebus sic stantibus assensum præbuit Auctor, & communibus expensis libros centum Lugdunum misit; sed ambo decepti fuerunt, quandoquidem bibliothecarius Lugdunensis in parte adimpleuit conuenta mittendo libros requisitos per eundem Auctorem, & bibliopolam Mediolanensem, in parte verò non adimpleuit mittendo alios libros non requisitos, quinimmò reiectos, & prohibitos, qui etiam tanti valoris non erant, vt adæquarent valorem librorum, qui ad eundem Mediolano missi fuerant. Conuentus bibliothecarius Lugdunensis ad implenda conuenta semper renuit. Quæritur jam, an Auctor ratione collaudationis nominis bibliothecarij Lugdunensis præstitæ per bibliopolam Mediolanensem habeat actionem aduersus eundem pro ea parte, pro qua conuenta non fuerunt adimpleta.

2 Videtur non obligari.

Videtur prima fronte asserendum, huiusmodi collaudatorem, seu approbatorem non teneri, quia ad huiusmodi obligationem contrahendam requiritur, quod is fuerit, vel à publico electus, vel coram Iudice, eoque Auctore approbatus ad hoc munus, vt latè probat *Menochius cons. 179. n. 2. vol. 2.*, *Alexander in l. si verò, §. qui pro rei qualitate num. 4. ff. qui satisdare cogantur*, *Albericus in l. cum ostendimus, §. vltim. ff. de fideiuss. int.*, quod non militat in præsenti hypothesi, in qua eo magis militare videtur sententia negatiua, quia huiusmodi approbator præcisè commendauit, nec expressè onus assumpsit pro nomine commendato; quantumuis asseruerit esse notæ probitatis, & quod in defectum de facili posset eum conuenire, & compellere ad complementum contractus. Nihilominus absolutè in hac hypothesi.

Approbans nomen non videtur onus pro nomine assumere

Respondeo, huiusmodi bibliopolam Mediolanensem approbantem, & collaudantem subsidiariè teneri pro complemento contractus. Ratio multiplex huius assertionis potest adduci. Primò, quia ipse nedum fuit simplex approbator, & collaudator, sed principalis motor talis contractus, sine quo non fuisset initus, ergo, quia collaudauit, fidem suam obligauit pro illo, cum collaudator ex genere suo aliud non præstet, quàm affirmare collaudatum esse soluendo, seu adimpleturum conuenta *Heringius de fideiuss. cap. 8. num. 43.*, ex quo deindè munere obligatur subsidiariè *D.D. ad l. græcè, §. fin. ff. de fideiuss. Costa de remed subsid. remed. 5. per totum*, quia verò fuit principalis motor tanquam causa damni subsecuti, indè tenebitur saltem in defectum eius, cuius nomine egit, iuxta reg. Qui causam damni dat, damnum dedisse videtur. Secundò, quia contractus fuit initus cum eodem bibliopola Mediolanensi, cum nullam auctor haberet notitiam alterius bibliothecarij Lugdunensis, quinimmò cum exceptione ignoratæ personæ, & licet contractus esset resoluendus in illam personam, ipse tamen compulit ad habendam fidem pro eo, sicque suam fidem prò illo interposuit, ergo tum ratione contractus per se initi, tum ratione propriæ fidei obligatæ tenebitur saltem subsidiariè. Neque arbitrandum est, quod collaudarit simpliciter sine animo se obligandi, vt plerumque faciunt homines suaptè natura; Non, inquam, arbitrandum est, quandoquidem in primis in conuentione protestatus est, se vim habere compellendi eundem bibliothecarium ad adimplenda conuenta, sicque se pro illo obligauit. Deindè ad inducendum animum auctoris ad contrahendum ipse assumpsit onus pro medietate, ergo præsumendum est, quod fidem obligauerit pro eodem contrahente Lugdunensi, sicque etiam ratione proprij interesse videtur se obligasse pro toto contractu cum eodem auctore.

3 Non fuit simplex approbator, sed principalis motor.

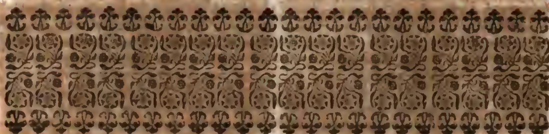
Fuit causa damni

Interposuit fidem pro eo.

Neque officere possunt ea, quæ ex aduerso afferebantur; nam, præter quam quod illa confutata remanent ex ijs, quæ dicta sunt *sub hoc eodem tit. Prænot. 12. asser. 2. vers. quoad secundam* adhuc docet *Costa de remed subsid. remed. 5. num. 1.* praxim iam obtinuisse, vt approbatio obliget, siue facta fuerit in iudicio, siue extrà iudicium; & ex dictis non præcisè commendauit, sed fidem suam obligauit. Atque hæc de fideiussione, & assecuratione dicta sint satis.

4 Satisfit rationibus contrarijs.





CONTRACTVS XIII.

DE TRANSACTIONIBVS,

Alijſque ad eaſdem pertinentibus.



Enigna iurium nedum Canonicorum, ſed etiam ciuilium diſpoſitio eo ſua vota collimauit, vt non ſolùm per æqualitatem iuſtitiam commutatiuam ſeruarent in contrahentibus, ſed etiam per æquitates quaſdam in controuerſijs animos componerent, diſſidiaque colligantium amico quodam fœdere penitùs extirparent, Hinc tranſactiones inuexere, per quas pax, & concordia firmatur inter eos, qui in foro contendunt; & Reipublicæ vtilitas ſtabilitur; quæ, ſicuti litium multitudine maximoporè premitur, ità tranſactionibus ſolidè roboratur, cum lites euellantur; qui enim tranſigit, iudiciorum vitat ærumnas, & incommoda, labores animi ſedat, corporis linit fatigationem, inhoneſta crimina eliminat, vtilia pleraque conſequitur, queis deſtitueretur, ſi in litium diſcrimine verſaretur, cum quandoque ſibi ſuadens obtinere, ſuccumbat, & ſi obtinet, computatis laboribus, & expenſis nihil acquirat. Quamobrem communitèr docent non tàm Theologi, quàm iuris interpretes ob publicam, priuatamque tranquillitatem litigantes per Iudices ad concordiam reuocandos, ne diſſidijs obruantur, qui amico fœdere per tranſactionis officia valent conciliari. Huiuſmodi tranſactionis naturam, munera, actiones, & effectus in præſenti examinanda aſſumimus, vt qui in certis, & euidentibus æqualitatem ſtatuere hactenus conati fuimus, in ambiguis, & dubijs pacem componere, & concordiam firmare penitùs valeamus.

Agunt fusè de Tranſactionibus Iuris Ciuilis interpretes *ſub ſuis tit.*, *C.*, *&* *ff.*, & etiam Canonici *ſub eodem tit.* In vniuerſum *Molina tractat. 2. diſp. 556.*, *&* *ſequ.*, *Padilla in rubr. de tranſact.*, *Gutierez de iur. conf. part. 3. cap. 2.*, *Azotus in ſumm. de tranſact.*, *Caccialupus ſub eodem tit.*, *Silueſter verb. tranſactio*, *Iaſon in rubr. C. eodem*, *Filliutius tract. 39. cap. 8.*, *Valleronus per integr. vol.*, *Ognate tract. 26. diſp. 92. per totum*.

PRÆ-

PRÆNOTIO I.

Quid, & quotuplex sit transactio.

SVMMARIVM.

SVb generali acceptione nomen transactionis sumitur pro quacunque terminatione actionis: desumpta etenim nominis ethimologia est quasi transitio actionis; atque hoc modo sumpta compræhendit ius iurandum, *l. 1. in eius, ff. de rei vend. l. admonendi, ff. de iur. iur., Valenzuela cons. 175. nu. 35.*, quatenus exceptionem litis finitæ producit, perimitque obligationem *l. 1., & 4. ff. de rebus cred. l. quod si deferente cum l. seq. ff. de dolo.* Item sententiam Iudicis, & temporis præscriptionem, quatenus per hæc actio finitur *Barbosa in l. sicut, C. de præscript. 30. annor. n. 196. l. transacta cum l. sequ. ff. de verb. significat.* Presse tamen sumitur, prout ad præsentem locum attinet, & constituit speciem determinatam contractus, quatenus importat rei dubiæ, litisque incertæ decisionem, seu compositionem à colitigantibus factam; in quo sensu transactio est propriè obiectum præsentis tituli, & controuersiæ, de qua inquiritur, quid propriè, & essentialitèr sit; pro quo sit 1 Dicit trāsactionē cuiuscūq; actionis.

Assertio I. Transactio propriè sumpta, prout importat rigorosam speciem contractus præcipuè distinctam ab alijs contractibus bene sic definitur. *Est de re dubia, lite, seu controuersia non finita non gratuita pactio, Padilla in rubr. C. de transact., Gutierez de iur. confirmat. part. 3. c. 2. n. 2., Glosa in l. 2. C. de transact., Azotus in summa hoc tit. nu. 1., Hostiensis ibidem nu. 1., Siluester verb. transactio num. 1., Molina disp. 156. in princip., Valeronus de transact. tit. 1. quæst. 1. num. 14., Ognate tract. 26. disp. 92. sect. 1. num. 7.* Expresse habetur *in l. 1. ff. de transact., & l. transactio, C. eodem tit.* 2 Quid sit propriè transactio.

Probatur iam, & explicatur definitio per particularium discussionem. Dicitur *non gratuita pactio*, per quam particulam innuitur, quod transactio sit contractus ex vtraque parte onerosus, vterque etenim transigens aliquid de suo iure putato, & præsumpto remittit; actor in primis, qui plus sibi dari suadet, puta centum, & vigore transactionis quietatur pro quinquaginta; Deinde etiam reus, qui nihil debere sibi suadet, & obligatur ad quinquaginta, *Glosa in l. 2. verb. transactum, ff. de transact.* 3 Ex vtraque parte est contractus onerosus.

Dicitur, *de re dubia*, nam, si alicui ex transigentibus certò constaret, rem, de

qua

qua agitur, ad alterum pertinere, non subsisteret transactio, nec in foro externo animæ, nec in externo iuris; non in interno, quia nullus esset titulus, per quem transigens posset aliquid recipere; ob quod

Debet esse de re dubia.

recederet ab actione, si esset actor, vel retinere, si esset reus; non enim verus Dominus præsumitur omninò liberè acquiescere illi acquisitioni, vel retentioni, sed inuoluntariè mixtè, eo modo, quo mutuatarius acquiescit solutioni vsurarum; non in externo, quia iura expressè irritant transactionem de re certa, quæ scilicet certè, & determinatè pertinet ad alterum ex transigentibus *l. in summa, ff. de condict. indeb. l. præses, & l. sub prætextu, C. de transact.* Aduertit hic tamen *Panormitanus in cap. super eo in fin. de transactione*, quod, si fuerit actor, qui transegit, sciens rem, de qua transegit, ad alterum pertinere, transactionem esse ipso iure nullam per textum *in dict. l. in summa, ff. de condict. indeb.*, si verò fuerit reus, qui transegit sciens rem ad actorem pertinere, transactionem non fore quidem ipso iure nullam, subueniri tamen in foro exteriori ipsi actori doli actione per textum *in dict. l. sub prætextu, C. de transact.* Si autem inquiras, cur, quando transigit actor, sciens rem pertinere ad reum, transactio ex dispositione iuris ipso iure sit nulla, quando verò transigit reus sciens rem pertinere ad actorem non sit ipso iure nulla, sed tantum detur exceptio doli, respondendum arbitror, prouenire ex eo, quod, quando actor transigit, aliquid acquirit, in quo, nec habet titulum, nec possessionem, quando verò reus transigit, conseruatur in possessione, in qua prius erat, licet iniustè, ratione cuius in foro exteriori non inducitur nullitas ipso facto, sed dumtaxat talis exceptio doli.

Ratio diuersitatis quando transigit actor, ac quando transigit reus.

Dicitur, *de lite, seu controuersia non finita*; circa quam particulam nonnulla dubia animaduersione dignissima pullulant examinanda; & primò, an solummodò transigi possit super lite iam mota, & controuersia excitata, an verò etiam super futuræ litis timore; secundò, an super re iudicata transigi possit, & super eo, quod ex instrumento publico, & guarentigiato debetur, & super sententia, si ab eadem appellari, vel supplicari contingat; tertiò, an possit transigi de eo, quod sententia comprehensum est, antequam remedium ordinarium, vel extraordinarium propositum sit aduersus sententiam, dum tamen adhuc viget terminus proponendi; quartò, an vno ex consortibus eiusdem litis appellante, & postea transigente transactio per eum præstita noceat alijs consortibus.

Debet esse de controuersia nō finita.

Varij articuli examinandi circa hāc particulā

Ad primum asserendum est, quod, quamuis regularitèr transactio fieri soleat super lite iam mota, & controuersia excitata, cum transactio lites dirimat, & controuersias mutua partium conuentio ne dissoluat *l. fratres 10. l. causas 16. l. nec intentio, C. de transactione*, vndè easdem debet supponere, cum priuatio supponat habitum, quo priuat *l. decem, ff. de verb. oblig. l. manumissiones, ff. de iustit., & iur. l. 1. §. cæterum, ff. quibus modis vsusfructus amittatur*, præcipuè cum litis nomen non antea conueniat controuersiæ, quam iuditium inceptum sit *l. amplius non peti 15. iunct. glos. verb. iudicium ff. rem rat. hab. l. sempronia, §. fin. ff. de vsu, & vsufruct. leg., & l. argentarius, ff. de edendo*, & præsens rei status in consideratione sit, non futurus *l. sciendum, § si fundum, ff. qui satisd. cog. l. 2., & 2. ff. de in diem ad Lancell. de attent. 2. pars. c. 4. in præfat. nu. 488.* Nihilominus adhuc posse fieri super timore litis futuræ, dummodò non sit indubitabilis, & non calumniosa docent *Baldus in l. cum te, C. de transact., Rolandus cons. 28. n. 2. vol. 4., Lancellotus Gallia cons. 27. n. 1., Natta cons. 3365. n. 2., Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 26. tit. 1. n. 13. Valenzuola cons. 175. n. 2., Gutier. de iur. confirmat. 3. part. c. 2. n. 1., Molina de iust. & iur. disp. 556. in princip., Valleronus de transactione tit. 2. qu. 2. num. 10., & seqq., Ognate dict. tract. 26. disp. 92. sect. 1. nu. 8.*, hocque etiam expressè euincitur in iure *in dict. l. cum te, C. de transactione*, vbi sic legitur: *Et si nulla fuisset quæstio hæreditatis tamen propter timorem litis pecunia rectè causa intelligitur, ex qua causa, si fisco soluisses, repetere non posses*; nec incongrua sanè ratione hæc decernuntur, quandoquidem qui proximè timet periculum prudentèr eidem, antequam eueniat, occurrit, ne maiora incommoda subeat in facto, quæ transigendo non obiret antefactum; vndè in iure cautum est, quod, qui habet aliquam exceptionem possit antequam conueniatur eandem in iudicio producere *l. diffamari, C. de ingen. manum. l. si contendat, ff. de fideiussoribus, Padilla in l. 1. n. 17. C. de transact., Couarruuias lib. 1. var. c. 16. n. 3., Salgadus in labyr. credit. part. 1. c. 1. n. 11.*, nec obesse possunt ea, quæ supra dicebantur, de lite adhuc non existente, quæ etiam aduersari videntur particulis definitionis; non, inquam, obesse possunt, quandoquidem futura, quæ proximè, & rationabilitèr futura præuidentur, pro præsentibus habentur *l. si in diem l. si ea conditione, ff. de contract. in leb.*, & in hoc sensu verificatur, quod, sicuti de futuris rectè paciscimur *l. pactum 46. ff. de pactis*, & ad litem futuram procuratorem constituimus *l. 3. ff. de procurat.*, & spem futuræ actionis possumus in alium transferre *l. spem futuræ, C. de donat.* ità non indebitè litem

4 Transactio regularitèr fit super cōtrouersia excitata.

5 Potest tamen fieri super timore iusto litis futuræ.

Prudētèr subuenimus periculis futuris, & proximis

litem futuram transigere, actionemque de futuro per transactionem abolere, & dirimere valeamus. Dixi, *dummodo non sit indubitabilis, & non calumniosa*, propter ea, quæ superiùs diximus, nam, si sit indubitabilis ratione alicuius ex transigentibus alius certè titulum habere non potest, quo acquirat aliquid ratione transactionis, vel retineat, vndè lis debet esse dubia, vel propter factum eius, quod est dubium, vel propter dubiam iuris resolutionem per textum *in l. præses 12. C. de transact., & l. in summa, §. 1 ff. de condict. indeb., & l. 1. § sed, & constitutio, ff. de calumniat.*

6 Ad secundum asserendum est, non posse transigi super lite, quæ terminata fuerit per sententiam, quæ transierit in rem iudicatam, & a qua non possit appellari, nec supplicari, vel alio iuris remedio suspendi. Expressè colligitur *ex l. ingenuum, ff. de stat. hominis, l. 1. in fin., & 2. ff. de agnosc. lib., l. si seruus, §. 1. ff. de leg. 1., l. res iudicata, ff. de reg. iuris*, tunc etenim non amplius res dubia est, & lis incerta, sed liquida, & certissima constituitur *l. post rem iudicatam, ff. de transact., l. si causa cognita cum l. sequ. C. eod. tit., & l. in summa, §. 1 ff. de condict. indeb.*, cum res iudicata, & sententia maximè inappellabilis faciat ex albo nigrum, & quadrata æquet rotundis. Dixi, *à qua non possit appellari, nec supplicari*; nam, si à sententia fuerit appellatum, vel supplicatum, rectè potest fieri transactio *l. tale pactum, §. 1. ff. de pactis l. post rem iudicatam, ff. hoc tit. l. elegantèr, §. quid ergo, ff. de condict. indeb.*, nam appellatio reducit causam in dubium, & virtutem sententiæ suspendit, remque reducit ad eos terminos, in quibus erat tempore contestationis, *l. 1. §. fin. ff. ad Senat. Consult. Turpil. l. 2. §. fin. ff. de pæn. l. peremptoria, C. sent. rescin. non pos.* Quod autem dictum fuit de appellatione proportionalitèr etiam dici potest de supplicatione interposita, nam eosdem effectus operatur supplicatio a Iudice ad se ipsum, si fuerit talis, apud quem admittatur supplicatio, ac appellatio de vno ad alium *Scaccia de appellat. quæst. 19. remed. 3. n. 24., Capicius decis. 39. num. 9. part. 1, Lancellottus de attentat. 2. part. cap. 19. num. 8., Salgado de reg. potest. part. 1. cap. 2. num. 233.* Ea, quæ diximus de sententia, & re iudicata, proportionalitèr intelligenda sunt de instrumento guerentigiato, quod paratam habeat executionem; si enim tale instrumentum liquida contineat, quæ nullo iuris remedio possint elidi, tunc certè super contenta in eodem nequit transigi argum. rei iudicatæ in virtute, & efficacia obligandi, & exequendi *Bartolus in l. cum vnus num. 11. ff. de bon. auct. Iud. possid., Mascardus de probat. conclus. 384. num. 56., Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 13. n. 10., Cancer. lib. 2. var. cap. 3. num. 21., Rota apud Farinacium decis. 640. num. 10. 2. part.*, quia tunc res non est dubia, nec lis incerta; Si verò instrumentum dubia contineat, vtique super illo transigi potest, nam, sicuti, si post rem iudicatam dubium aliquod supersit, potest super illo transigi, ita, si in instrumento guerentigiato dubia contineantur, poterit super illis vtique induci transactio *Vallerónus de transact. tit. 2. qu. 4. n. 8.*

In re iudicata nõ potest esse transactio, vbi nõ est remediũ quo suspendatur

7 **Neque in instrumento guarentigiato.**

8 Pro clariori notitia eorum, quæ sub hoc dubio examinantur, nonnulla sunt aduertenda, & primò, quod, si ille, in cuius fauorem lata est sententia, quæ transiuit in rem iudicatam, & à qua secundum se, nec appellari, nec supplicari possit, consenserit in transactionem ad redimendam vexationem, quia alter, ad uersus quem lata est sententia, difficilis est, & potens, ratione cuius non possit obtinere id, quod fauore ipsius fuit adiudicatum, tunc non teneat transactio, & possit læsus agere ad id, in quo fuerit læsus *Molina disp. 556. in princip.* Ratio clara est, quia ille, in cuius fauorem facta est transactio, non habet titulum, ratione cuius possit quid exigere, vel retinere, cui propterea affectata lis non potest prodesse *Tiberius Decianus cons. 56., Alexander cons. 52. num. 8. vol. 2., Mantica de tacit., & ambig. conuent. lib. 26. tit. 1. num. 10., Cancer. prima part. var. cap. 13. num. 38., Aries Pinellus in l. 2. part. 2. cap. 9. C. de rescindend. vendit., Rosent. de feudis cap. 1. concl. 21. n. 4., Antonius Faber lib. 17. coniect. cap. 4.*, & calumniosa lis, qualis est huiusmodi, litis nomen non meretur *Ioseph Vela disert. 13. num. 11.*, nec refert, quod ille, in cuius fauorem lata est sententia, consenserit transactioni, quandoquidem ille consensus fuit omninò inuoluntarius, vel saltem inuoluntarius mixtè, qui propterea nullum ius confert alteri, vt videre est in solutione vsurarum ex mutuo. Secundò aduertendum est, quod, quantumuis à sententia lata contrà vnum ex agentibus in causa non fuerit tempore vtili ad appellandum, vel supplicandum appellatum, possit tamen adhuc transigi super re, de qua in illa sententia actum est, si sententia illa fuerit manifestè nulla, quia sententia nulla non est sententia, & sententia contrà leges, canonesque prolata nullum parit effectum, perinde, ac, si non fuerit sententia, vndè semper super illa potest recognosci, vt sunt vulgatissima iura.

Nõ tenet transactio, vbi condemnatus nõ soluit ratione nimiæ potentiæ.

Ille consensus fuit inuoluntarius

9 Vlteriùs occasione eorum, quæ dicta sunt de possibilitate, vel impossibilitate transactionis, de re iudicata, & de instrumento guarentigiato, oritur etiam hic difficultas an, si lis iure iurando fuerit ter-

Lite finita per iuramentum, & cessionem liberam non potest super illa transigi.

terminata, adhuc super illa possit fieri transactio. Respondeo, quod, si ille, qui iureiurando litem terminauit, sponte cesserit iuri suo, & cum plena libertate, quantumuis res manifestè cederet in sui fauorem, non possit amplius stante iuramento super illa transigere; si verò cesserit inuoluntariè mixte, possit petere relaxationem iuramenti, & postea transigere *Molina disp. 556. vers. vtrum autem transactio*. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia ius suum liberè transfert in cessionarium, illudque iureiurando confirmat, quod sapit naturam liberæ donationis, donatio autem ex genere suo irreuocabilis est, cum sit mera in hac hypothesi *l. cum Ancillam, & ibi Bartolus, & Baldus, C. de condit. ob causam l. 3. ff. eod. tit.*, maximè, si sit firmata iure iurando, cum iuramentum vim tribuat actioni. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia, vt benè notat *Molina d. disp. 556. vers. vtrum autem,* sic transigens cum iuramento comparatur mutuatario, qui cum iuramento promisit, vel solutionem vsurarum, vel non repetitionem earundem; hic autem stante iuramento, quia ex vno capite, quantum est ex se, non iniquè agit soluendo, vel non repetendo, cum tota noxa sit respectu mutuantis exigentis vsuras, non videtur eidem posse contrauenire, quia non est de re respectu sui iniqua, quia verò ex alio capite inuoluntariè mixtè consensit, videtur habere ius ad obtinẽdam relaxationem eiusdem, qua stante non est, cur non possit non soluere, seu repetere, si iam vsuræ fuerint solutæ; ergo hoc idem dici poterit de transigente cum iuramento inuoluntariè mixte, quia, ex quo ex vno capite sic transigendo non peccat, stante iuramento eidem contrauenire non potest, ex alio, quia inuoluntariè mixtè transegit cum iuramento, ratione talis inuoluntarietatis poterit relaxationem obtinere.

Sapit naturam liberę donationis.

10 Potest super sententia transigi intra terminum ad appellandum, quamuis appellatio nõ sit interposita.

Ad tertium asserendum est, quod vigente adhuc termino habili ad proponendum remedium, siue ordinarium, siue extraordinarium, quantumuis actu non sit propositum, possit adhuc transigi super eo, quod in præcedenti sententia comprehensum est *Fulgosius in l. post rem indicatam num. 3., & ibi Oros. num. 8. ff. de transact., Cuman. cons. 268. vol. 1., Gutierez de iuram. confirmat. 3. part. cap. 4. num. 4., Caldas in l. si curatorem verb per quod n. 17., Antonius Faber tit. C. de transact. disp. 5. in fin., Valleronus de transact. tit. 2. q. 6. num. 25., & seqq.* Ratio ex ijs deduci potest, quæ supra dicebamus, quia scilicet etiam actu non intentata lite ex solo rationabili, & proximo timore eiusdem intentandæ potest super ea transigi, ergo etiam actu non interposito remedio, siue ordinario, siue extraordinario vigente adhuc termino interponendi cum probabili, & rationabili timore, quod interponatur, poterit super eo, quod iudicatum est, transigi, quia ita se habet non intentata adhuc lite timor eiusdem de proximo intentandæ in ordine ad transactionem, sicuti se habet post latam sententiam nõ proposito adhuc remedio ordinario, vel extraordinario proxima, & rationabilis ratio suspicandi, quod interponetur, cum vrgeat adhuc terminus proponendi ad eandem transactionem, sicuti enim lis intẽtata interrumpit quodamodo possessionem rei, ità remedium, siue ordinarium, siue extraordinarium suspendit iudicatum, & constituit in priori statu, in quo res erat; Si igitur timor illius sufficientem tribuit rationem transigendi, cur timor istius, cum sit iustus, & probabilis, rationabilitèr non poterit eandem rationem tribuere? &, si rationabilitèr per transactionem obuiare possumus damnis, quæ timemus, antequam obueniant, ante litis contestationem, cur rationabilitèr eisdem occurrere non poterimus, antequam per appellationem, vel aliud iuris remedium, siue ordinarium, siue extraordinarium nobis proponantur, cum de illorum imminenti periculo non irrationabilitèr timeamus? Ad hoc confirmandum multum conferre potest primò textus *in l. & post rem indicatam 7. ff de transact.*, vbi sic legitur. *Et post rem indicatam transactio valet, vel, si appellatio intercesserit, vel appellari poterit*, & ibi glosa excipiendo in casibus, in quibus super iudicato potest transigi, habet, nisi fuerit appellatum, vel, nisi sit intra decem dies, nam tunc valet transactio; nec incongrua sanè ratione hoc dicitur, quandoquidem in iure hæc duo æquiparantur, quod appellatio sit interposita, & quod condemnatus sit extrà terminum ad appellandum, si causa fuerit appellabilis per textum *in cap. non solum de appellat. lib. 6., Lancellotus de attentat. 2. part. cap. 11. num. 2., & 3., Coaruuias pract. c. 23. num. 2., Salgadus de reg. potest. part. 1. c. 7. num. 27.* Conferre potest secundò textus *in l. 11. ff. eodem tit.*, vbi sic legitur, *post iudicatum, etiam, si prouocatio non est interposita*, &, quamuis ibi supponatur posse transigi solummodò post iudicatum, aut, quia negatur iudicatum esse, vel ignorari possit, an sit iudicatum, cum tamen ibi subdatur ratio, ob quam possit transigi, quia scilicet *lis adhuc subesse potest* ex directo sequitur, quod etiam possit transigi intrà tempus appellationis, quantumuis non ignoretur iudicatum, *quia adhuc lis subesse potest*. Conferre potest tertiò textus *in l. elegantèr, §. 1. ff. de con dict. indeb.*, vbi solum dicitur, quod non possit transigi de sententia indubitata, quæ

Remediũ suspendit iudicatũ.

Quando vrget terminus ad appellandum sententia nõ transit in iudicatũ.

Super sententia dubitabili transigi potest.

quæ nullo remedio attentari potest; ergo è contrario sensu, si aliquo remedio poterit attentari, poterit de illa transigi, quia dictio restrictiua firmat regulam in ijs, quæ non continentur in restrictione.

Aduersus solutionem huius dubij multa militant argumenta, quæ nunc soluo. Primum desumptum ex *l. si causa cognita 32. C. de transact.*, vbi dicitur, quod causa cognita, lataque super ea sententia, si hæc suspensa non sit appellatione, vel restitutione in integrum, non possit super indicato transigi, vbi verba referuntur ad huiusmodi remedia actu proposita, non merè proponenda, seu quæ proponi possint. Secundum est desumptum argum. textus *in l. ergo, §. 1. ff. de fideicomm. liber.*, vbi dicitur, quod ea, quæ regularitèr non accidunt, sed iure speciali possunt euenire, in consideratione non sint quoad iuris effectus; ex quo sequitur, quod saltem remedium restitutionis in integrum, aliudue extraordinarium non iuuet, nisi actu sit propositum, quod multis exemplis, & iuribus ex aduersantium mente conatur euincere *Valleronus de transact. tit. 2. q. 6. à num. 1. vsque ad* 15. Ad primum igitur dicendum est, illum textum *in l. si causa cognita*, non esse ità rigorosè, & ad verbum intelligendum, vt nō referatur ad casum, in quo similis ratio militet, & ex interpretatione iuris pro eodem reputetur cum casu in eodem textu exposito; paria etenim sunt, appellationem esse interpositam, & esse in termino, in quo iuridicè potest interponi, & certò moralitèr interponetur, cum causa supponatur appellabilis; atque hæc interpretatio admittenda est ad euitādam iurium contrarietatem, quæ vtiq; esset cum iuribus pro nostra opinione allegatis. Ad secundum dicendum est, ea, quæ afferuntur circà remedia extraordinaria restitutionis in integrum, procedere quidem ad summum quoad alios iuris effectus, quos solummodò suspendit actualis interpositio, non potentia ad interponendum; non autem in ordine ad effectum validæ transactionis, quandoquidem adhuc viget rationabilis timor futuræ, & proximæ vexationis, vt optimè notat *Valleronus de transact. tit. 2. q. 6. n. 25.*

Argumenta proposita, & dissoluta.

Ad hoc viget timor futuræ, & proximæ vexationis.

11 Ad quartum dicendum est, regularitèr vnum ex consortibus eiusdem litis appellantem a sententia alijs non appellantibus, & post appellationem transigentem non nocere alijs, quin possint prosequi appellationem *Bartolus in l. si à sententia, §. idemque rescripsit, ff. de appellat., Speculator tit. de appellat., §. 1. vers. sed quid, si illa, Cancer. prima part. var. c. 17. n. 96., Trentacinque lib. 2. var. resol. tit. de minor. resol. 5. in fin., Scaccia de appellat. qu. 17. limit. 1. num. 96., Valleronus de transact. tit. 2. q. 7. nu. 23., & seqq.* Pro cuius asserti notitia aduertendum est primò, quod, quantumuis à sententia lata contra plures omnes regularitèr grauati debeant appellare iuxta textum *in l. scio, §. si plures, ff. de appellat.*, nihilominus, si sententia lata sit in causa omnibus communi, idemque sit omnium negotium, eademque causa defensionis communis, vtique appellatio per vnum proposita alijs prodest ad effectum, vt eandem appellationem possint prosequi *l. 1., & 2. C. si vnus ex pluribus appellauerit c vna sententia 72. de appellat., Ruginellus de appellat. 2. part. c. 1. num. 29., Caualcanus decis. 30. part. 2., Cancer. tom 3. var. cap. 17. n. 487., Scaccia de appellat. qu. 5 n. 58., Mathesilan. ad tit. C. si vnus ex pluribus appellauerit*, & sententia ad fauorem consortis, qui in causa communi appellauit, cæteris in causa consortibus prodesse docet expressiùs *Scaccia de sententia, & re iudicata glos. 14. qu. 12. n. 103.*, nec obesse potest, si asseratur, quod sententia lata contra eū, qui appellauit cæteris consortibus non appellantibus non noceat alijs consortibus, qui non appellarunt per textum *in l. amissi, §. fin. ff. de fideiuss.*, adeoque, quod è contrario sensu nec sententia lata in fauorem eiusdem videatur cæteris prodesse; non, inquam, obesse potest, quia in fauorabilibus in connexis fit extensio, non sic in odiosis. Quibus positis sic probatur assertum; Per appellationem vnius ex consortibus alijs etiam non appellantibus acquisitum est ius prosequendi appellationem, seu secundam instantiam; non enim nouum est in iure ex persona adiuncti, seu consortis quem consequi, quod ex persona sua non haberet *l. si communem, ff. quemadmodum seruit. amit. l. loci corpus, §. si fundus, ff. qui seruit. vend.*, ergo eidem nocere nequit consors, qui appellauit per transactionem per se ipsum initam. Consequentia probatur, quia iuri iam mihi quæsito, quantumuis ex persona alterius non potest præiudicium inferri per eundem me absolutè inuito *Baldus in l. 1. C. si vnus ex pluribus appellauerit, Surdus de alimentis tit. 9. quæst. 14. num. 2., Craueta cons. 80. n. 10., Rouitus pragmat. 1. de appellat. nu. 28., Ioseph Vale disert. 41. num. 64., Decius in l. id, quod nostrum, ff. de reg. iuris*, hocque latè comprobat *Valleronus de transact. tit. 2. quæst. 7. à n. 32. vsque ad finem*.

Vno appellante, & transigente possunt alij prosequi appellationem.

In fauorabilibus in connexis fit extensio.

Limitandum tamen est assertum primò in hypothesi, qua causa esset diuidua, & ad singulos secundum quotas partes pertineret, quia tunc interposita appellatione per vnum quoad suam contingentem portionem, & inita transactione non possunt alij appellationem prosequi arg. eorum, quæ docent *Aza-* 12

Mmm *ned.*

ued. in l. 10. tit. 1. lib. 4. recepil. num. 25., Carpio de execut. testam. lib. 1. c. 2. num. 3., Trentacinq. lib. 2. var. tit. de iudicijs resol. 15. num. 3., Couarruuias pract. c. 34. nu. 2., Castillo tom. 8. controuers. c. 165. sub n. 47., quod scilicet appellatio vnius ex consortibus in causis indiuiduis prosit alijs consortibus, ergo e contrario sensu in diuiduis eisdem prodesse non potest, quod enim dicitur de vno ex contrarijs, de altero absolutè negandum est.

13 Item si diuersa sit ratio defensionis. Limitandum est secundò in hypothesi, qua, quantumuis sententia, à qua fuit per vnum ex consortibus appellatum, & non ab alijs, sit vna, & eadem, sit tamen diuersa ratio defensionis, quatenus, qui appellauit, habuerit diuersum ius defensionis, quod non habuerit, qui non appellauit *Antonius Faber ad tit. C. si vnus ex pluribus appellauerit defin. 1.*, non enim eadem ratio assistit, quibus diuersum est ius defensionis.

Sic explicata conclusio per particularum discusionem facilè postea consistens euincitur ex eo, quod habeat prædicata essentialia, & propria definiri, per quæ scilicet propriè conuenit, & disconuenit à cæteris contractibus; conuenit enim propriè per ly, quod sit *non gratuita pactio*, per quam habet rationem contractus, qui ex genere suo est vltrò, citroq; obligatorius; differt verò ab illis per hoc, quod sit *de re dubia, & lite nondum finita*, cum cæteri contractus versentur circa res determinatas, & certas, & licet emptio, & venditio possit quandoque esse de re incerta, vt cum emitur, & venditur iactus retis, nihilominus adhuc contradistinguitur, quia incertitudo in emptione, & venditione respicit factum futurum, incertitudo autem, & dubietas in transactionibus respicit ius super rem existentem, quatenus incertum est, ad quem res illa pertineat.

14 Quid sit trāsactio propria, & impropria. Assertio II. Multipliciter potest diuidi; primò ratione modi, quo contrahitur; secundò ratione iuris, quod confert, tertiò ratione rei, circa quam versatur. Singulas diuisiones secundum sua membra singulatim explico.

Ratione modi, quo contrahitur transactio diuiditur in transactionem impropriam, & latam, & in propriam, & rigorosam. Prima comprehendit quodcunq; pactum, vel conuentionem, per quam à lite receditur, hæcque comprehendit non solùm transactionem in rigoroso sensu secundum definitionem præpositam, eiusque particulas essentiales, sed etiam eam, quæ fit per donationem, & per acceptilationem. Secunda est, quæ ex suo essentiali conceptu non contenta est quacunque gratuita pactione, sed importat pactionē ex vtraq; parte onerosam de re dubia, & lite nondum finita, & sic importat propriam speciem transactionis.

Transactionis primi generis, prout contradistinguitur à transactione propriè sumpta duæ potissimum sunt species, altera, quæ fit per simplicem donationem, altera, quæ fit per acceptilationem. Prima est, qua quis liberè cedit alteri ius suum sine vllo prorsus onere respectu cessionarij, seu donatarij, quæ lato modo dicitur transactio, quatenus per eandem receditur à lite, seu ab actione, neq; hæc requirit ius incertum, aut rem dubiam, sed æque potest esse de iure certo, & re determinata, atque de hac loquitur textus *in l. 1. ff. de transact., Caccialupus q. 3. in suo tract. de transact. per Bartolum in l. 2. ff. de iurerand., Azotus in summa de transact. num. 1., Iason super 1. fforum tit. de transact. n. 16.* Secunda est, qua partes recedunt à lite, siue sit certa, siue incerta per præuias interrogationes, & subsequentes responsiones, & tunc esse potest, quando reus interrogat suum actorem, an satisfactum se declaret de prætenso suo iure, vel illud remittat, & actor respondeat se satisfactum esse, vel remittere; in hac transactione quandoque vna tantum pars obligatur, & non altera, vt contingit in donatione, quæ incipit à promissione, quia tunc tantum donans obligatur ad rem promissam, vel neutra pars obligatur, vt contingit in donatione, quæ incipit à rei traditione, in qua nec donans, nec donatarius obligatur.

Transactionis secundi generis multæ sunt species, non quia importent regulariter diuersas obligationes, sed quia vnam, & eandem adiectis adminiculis magis, & magis firmant, vel quandoque præcedentem quodamodo nouent. Prima est, quæ fit per simplicem stipulationem. Dixi, *per simplicem stipulationem*, vt distinguerem a stipulatione Aquiliana, vel ab alia, quæ sit firmata pœna aliqua, vel iuramento; tunc autem fit huiusmodi transactio, quando per certam verborum formam a iure statutam, vel saltem æquiualentem vnus ex transigentibus præuia interrogatione alterum excitat, & alter respondet, vt si actor in lite præcisè dicat. *Promittis, aut spondes mihi de centum, de quibus inter nos est controuersia, soluere quinquaginta, & sic super lite transigere*, & tu respondeas, *promitto, & spondeo*; tunc etenim immediatè consurgit actio ciuilis ex tali contractu, seu stipulatione ad seruanda conuenta, & promissa per textum *in l. 5. §. stipulatio, ff. de verb. obligat.*, & in hoc consentiunt omnes iuris interpretes, *Paulus de Castro lib. 2. tit. 3. super 2. fforum, Vasem-*

Marginal notes (right column): 15 Transactio propria sit per simplicem stipulationem. — Quomodo fiat ista stipulatio.

Vusembecb lib. 41. ff orum tit. 1. per totum. Ad transactionem hoc modo conceptam requiritur vtriusque contrahentis præsentia per textum *in l. si stipulor, §. fin. ff. de transact. l. 1. in princip. ff. de verb. oblig.*, non enim contrahi potest per nutus, nec per epistolas per textum *in dict. l. 1. ff. de verb. oblig.*, & vlterius certa, & determinata verborum forma, per quam, & congrua præcedat interrogatio, & apta sequatur responsio, ratione cuius posteà ex contractu oritur ciuilis actio, quæ simplici promissioni non est annexa *l. nuda C. de contrah., & commit. stipulat.*, *& tot. tit. Instit. d. pollicit. l. 1. §. qui præsens, ff. de verb. oblig.*

16 Item per stipulationem aquilianã. Secunda species est per stipulationem Aquilianam, quæ nomen accepit à Marco Aquilio Regulo, vt dicitur, *§. est autem Instit. quib. mod. sol. obligat.*, qui huiusmodi stipulationis fuit auctor. Hæc autem stipulatio sic concipitur, prout explicat *Glosa in l. 2. C. de transactionibus.*

Quomodo fiat hęc aquiliana stipulatio. Conuenio te ad centum; tu negas illa centum debere, vndè transigimus pro quinquaginta, & ego te interrogaui quidquid mihi debes vltrà quinquaginta promittis mihi animo nouandi? & tu respondes promitto; deindè tu interrogas me; quidquid vltrà quinquaginta tibi debeo, habes ne illud acceptum, & ego respondeo; habeo. Ex quibus habes in hac Aquiliana stipulatione plura intercedere, quæ non intercedunt in simplici; in hac etenim primò reus nouat, & confitetur maius debitum. Secundò actor transigens illud maius per acceptilationem protinus illud extinguit. Tertiò actor per stipulationem confitetur nihil sibi deberi per nouationem. Quartò per liberalem donationem reus illi donat illa quinquaginta, in quæ fit transactio; in simplici verò illa inuoluera, nec illæ omnes actiones interueniunt, vt per se patet. Stipulationem hanc modo induxit idem Aquilius ad maius robur transactioni addendum, vt oriri posset actio ciuilis, & quodcunque subterfugium à stipulantibus tolleretur. Sed hanc maiorem cautelam suprà simplicem stipulationem inutilem esse, & non necessariam, latè afferit *Ognate tract. 26. disp. 92. num. 99.*, & incongruè induci illam nouationem iuris incerti, vt perimatur, & acceptilatio illa implicitè continetur quoad effectum in ipsa transactione. Non immorer in vlteriori explicatione huius transactionis, quandoquidem nec in vsu est hisce temporibus, nec necessaria.

Maior cautela supra simplicẽ stipulationẽ est inutilis.

17 Item per pænalem conuentionem. Tertia species est per pœnalem conuentionem, & tunc est, quando transactioni ex mutuo transigentium consensu adijcitur pæna, quæ adiectio non solum licita esse potest, sed etiam quandoque consulenda per textum *in l. pacto conuento 15. ff. de transactionibus*, cuius verba, cum valdè huic instituto sint accomoda, singillatim recito: *Pacto conuento Aquiliana quidem stipulatio subijci solet, sed consultius est huic pænalem quoque stipulationem subiungere, quia recisso fortè pacto pœna ex stipulatu peti potest.* Circà hanc stipulationem pænalem multa consurgunt dubia examinanda. Primum est, an, si facta transactione alter ex transigentibus eidem controueniat, compelli possit, & ad complendum contractum, & ad pænam conuentam coniunctim, an verò ad alterum tantum sub disiunctione. Regulariter sentiendum est, non posse agere ad vtrumque coniunctim, sed ad alterum eorum sub disiunctione, optionemque pertinere ad eum, qui intendit perseuerare in conuentione. Prima pars habetur *ex l. rescriptum, §. si pactum, ff. de pactis l. prædia, ff. de act. empt. l. apud Celsum, §. labeo, ff. de dol. except. l. 1. §. vlt. ff. de stipul. seru.* Nec obesse possunt varia iura, quæ ponunt Bartolus, & alij, quæ videntur aduersari huic asserto; Non, inquam, obesse possunt, quia ea procedunt ad summum in pactionibus merè gratuitis pænalibus, vt notat *Molina disp. 756. vers. quando transactio.* Secunda pars habetur *in eadem l. rescriptum, §. si pactum, ff. de pactis, & l. prædia, ff. de act. empt.* Dixi, *regularitèr loquendo*, nam in plerisque fallit apposita regula, & primò, si in adiectione pænæ apposita fuerit clausula, *rato manente pacto*, quia tunc præter pænam integrè solutam etiam sors principalis soluenda est *l. qui fidem, ff. de transact.*, *Bartolus in l. cum Pater, §. cum libertis, ff. de leg. 2.*, *Glosa in l. 2. C. de iur. emphyth.*, *Angelus de Aret. in §. actionem Instit. de action.*, *Vusembecb. l. cum proponas 17.*, *& l. vbi 40. C. de transact.* Fallit secundò, si agatur ad pænam, & plus intersit seruatum esse contractum, quia tunc etiam potest agi ad incrementum interesse illius vltrà eam pænam, vt habetur *in l. prædia, ff. de act. empti, Glosa vlt. in l. qui fidem, ff. de transact., Molina disp. 556. vers. quando transactio, Ognate d. tr. 26. disp. 92. sect. 6. n. 115.*

18 Non posset agere ad vtrũq; sed ad alterum tantum.

Iura euincentia intentum.

Fallit addita clausula, rato manente pacto.

Alia fallantia explicatur.

Secundum est, an apposita, seu adiecta tali pæna aduersus contrauenientem transactioni, si alter ex transigentibus dicat, se nolle stare transactioni, an, si antequam lis contestetur, pæniteat, seq; transactioni remittat, euitet pænam illam conuentionalem. Probabilius crederem, per talem pænitentiam euitare pænam illam conuentionalem *Glosa vlt. in l. qui fidem, ff. de transact., Glos. in l. si quis maior verb. Iudicem, C. eod. tit.*, quod potissimum verificatur, quando in conuentione

19 Recedẽs, & postea pœnitens de recessu ante litẽ euitat pœnam.

tione dixerunt se non petituros, quoniam id intelligendum est in iudicio, & lite iam contestata per textum *in l. amplius, ff. rem ratam habere*. Intellige tamen in hypothesi, qua non fuerit apposita pœna contra controuenientem, aut quocunque modo petenti, aut inquietanti alterum, quia tunc per illam pœnitentiam ante litem contestatam non euitaretur pœna *arg. l. si quis maior, C. de transact.*

Si fuerit iurata obligat ad vtrũq;

Tertium est, an, si transactio firmata fuerit iuramento, & vlteriùs apposita fuerit pœna aduersus controuenientem transactioni, possit tunc, qui vult stare contractui, agere aduersus eundem controuenientem ad vtrumque scilicet, & ad pœnam, & ad complementum transactionis. Respondent affirmatiuè, quod
20 scilicet possit agere ad vtrumq; *Coaruuias cap. quamuis pactum parte 1. §. 7. num. 4., Gutierez de iuram. confirm. part. 1. cap. 60., Molina dict. disp. 556. vers. quando transactio confirmata est iuramento*. Videtur colligi hæc responsio *ex l. si quis maior, C. de transact.*, vbi veniens contra transactionem iuratam infamis est, ab actione cadit, pœnam soluit, & data restituit, & applicantur aduersæ parti transactionem obseruanti; nec incongrua sanè ratione hęc decernuntur, quia in primis pœna peti potest, alioqui illa conuentio pœnalis omninò superfluè fuisset apposita, deindè ex nudo pacto iuramento firmato conceditur actio ciuilis; tandem iuramentum appositum vltrà pœnam æquiualet clausulæ *saluo manente pacto*, vt asserit *Molina loc. cit.*

21 Exigitur pœna quamuis excedat interesse

Quartum est, an etiam possit exigi pœna apposita, quantumuis sit vltrà id, quod intersit. Affirmatiuè respondendum est *Caccialupus de transact. q. 5. n. 4., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 6. num. 117.* Ratio est, quia frustratoriè fuisset adiecta illa pœna, quinimmò propriè non esset pœna, quandoquidem de iure naturæ, etiam præscindendo ab illa pœnæ adiectione infringens contractum tenetur ad omne interesse. Aduertendum tamen est, quod illa pœna non possit transcendere quadruplum, cum in vniuersum à iure statutum sit, non posse vltrà quadruplum pœnam apponi, *§. omnes Instit. de act., & ff. de action. furt.*, intellige tamen quoad pœnam conuentionalem.

22 Quintum est, an, si transactio inita sit per conuentionem, seu stipulationem Aquilianam, & vlteriùs eidem adiecta fuerit pœna, tunc ille, qui stat conuentioni, possit agere aduersus contrauenientem tum ad pœnam, tum ad implementum transactionis. Affirmatiuè respondendum est propter textum *in l. vbi pactum, C. de transactionibus*, hocque commune apud Doctores affirmat *Glossa ibidem*.

23 Fit per stipulationem iuratam.

Quarta species est transactionis per conuentionem iuratam, & est, quando apponitur in conuentione ius iurandum de non contraueniendo conuentis, & de non redeundo ad litem, hocque est validum firmamentum eiusdem transactionis per textum *in l. 1. ff. de iureiurando* cuius hæc sunt verba *Maximum remedium expediendarum litium in vsum venit iuris iurandi religio, quæ vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate Iudicis dijudicatur controuersia*. Rursus *in l. 2. ff. eod.* expresse habetur, *iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quàm res iudicata*. Ratio autem ea est, quia iuramentum non solum firmat, sed etiam confirmat contractum, vndè etiam pactis nudis, quibus iura nec assistunt, nec resistunt, si accedat, robur, & firmitatem addit, adeò, vt eisdem sic iuramento vestitis concedatur actio ciuilis per ea, quæ alibi fusè docuimus, quinimmò resilienti à tali conuentione iurata ipso iure officiunt omnia ea, quæ statuuntur *in d. l. si quis maior, ff. de transactionibus*.

24 Item per delationem in iuramentum alterius.

Occasione huius transactionis per conuentionem iuratam, quæ potissimum sit inter ipsos contrahentes, agendum hic etiam aliquid est de quadam transactione, quæ fit per delationem in iuramentum alterius, etiam prout contradistinguitur à compromisso iuris, & à compromisso in arbitrum arbitratorem, & ab amicabili compositione. Pro quo scias multis modis posse à lite discedi per delationem eiusdem litis in iudicium tertij, quod collitigantes promittant sequi; primò, quatenus ipsi collitigantes dissidium dirimendum conferant alterius personæ per eosdem electæ iudicio tribuentes ei facultatem iudicandi seruato omni iuris rigore, atque hoc appellatur compromissum iuris; secundò, quatenus in eandem personam per eosdem electam transferant idem iudicium cum facultate iudicandi secundum iuris æquitatem, adeo vt possit addere, vel demere iuri partium ad seruandam eandem æquitatem, atque hoc vocatur arbitramentum, seu compromissum in arbitrum arbitratorem; tertiò, quatenus transferant in alium iudicium, qui nullo iuris ordine seruato possit partes conciliare per amicabilem compositionem; quartò, quatenus partes statuant inter se à lite discedere conferentes litis arbitrium in alterius iuramentum, siue hic fuerit vnus ex communicantibus in causa, siue tertia quædam persona per eosdem electa. Procedit dubium de transactione, quæ fit per delationem iuramenti hoc vltimo

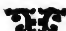
Enumerantur modi, quibus fit talis transactio.

modo,

modo, quod adhuc dupliciter potest deferri, vel per actorem Reo, quatenus, cum actor non habeat modum alium, quo suum ius probare possit, probationem refundit in iuramentum rei confisus, reum non ausurum denegare veritatem, quàm tanto Sacramento confirmare debet; vel per Iudicem alteri parti supposita semiplena probatione, vel supposito, quod altera pars fuerit contumax, & absens, vt habetur *lib. 12. ff.orum tit. 2., & 3. de in litem iurando*. Quod autem hoc modo per delationem iuramenti in alium fiat transactio expressè habetur *in d. l. 2. ff. de iure iur.* Quid autem sit hæc iuris iurandi delatio, quomodo, & quando, & à quo præstanda alibi suo loco videbimus.

25 Alia simplex, alia cõfirmatoria, & quid vtraque. Ratione iuris, quod confert transactio, diuiditur in transactionem simplicem, per quam ex vi noui contractus partes ius acquirunt in eo, quod fuit eis per transactionem adiudicatum, adeò vt omisso priori titulo, ex quo lis fuerat intentata, solùm transigentes possint agere ex nouo titulo, quem acquisierunt per eandem transactionem, & in transactionem confirmatoriam iuris præcedentis ex primo titulo, quatenus orta v. g. contentione de hæreditate, quàm alter petit ex testamento, alter ab intestato per mutuas eorundem conuentiones ità fit transactio, vt ille, qui succedere petit ab intestato recipiendo aliquid conuentum recedat à iuribus suis prætensis, & constituat in pleno iure hæreditatis alterum, qui succedere contendebat ex Testamento firmans expressè titulum, quo contendebat succedere, adeò vt non simplici titulo transactionis possit agere aduersus quemcunque agentem ad talem hæreditatem, sed etiam titulo proprio hæreditario. De transactione hoc secundo modo concepta erit sermo infrà vberior.

26 Aliæ diuisiones ratione rei. Ratione rei, circà quam versatur transactio, multipliciter etiam diuidi potest, & primò in transactionem super re, & transactionem super iuribus, licet regulariter fit circà iura dubia. Secundò in transactionem super causa criminali, & in transactionem super causa ciuili, vt habetur *in l. capitalis l. vnica transigere l. pacisci, C. de transact.*, & de alijs, de quibus in processu prænotionum, & disquisitionum.



PRÆNOTIO II.

An, & qualis contractus sit transactio, & quomodo perficiatur.

SVMMARIVM.

Transactio per diuersos respectus est contractus simul, & distractus. 1.
Est contractus secundum se innominatus. 2.
Quoad sui originem est potius contractus iurisgentium, quàm ciuilis, habet tamen ab isto opitulationem. 3.
Est stricti iuris potius, quàm bonæ fidei. 4.
Transactio solo consensu expresso secundùm se perficitur. 5.
Non exigit essentialitèr scripturam. 6.
Potest celebrari inter absentes per nuntium, & epistolas. 7.

EXplicantes definitionem transactionis super prima particula iam innuimus, eandem esse contractum; sed quia ex vario loquendi more in iure quoad ipsam, quandoque simplex pactum enuntiatur, quandoque contractus, quandoque potius distractus appellatur, ideò ad pleniorem eorum, quæ dicta sunt, confirmationem, placet adamussim in hoc diuerso loquendi modo veritatem inquirere firmando iuribus, & rationibus ea, quæ ex occasione, & transeuntèr attacta fuerunt, & vlteriùs inquirendo naturam, & qualitatem eorundem.

Assertio I. Transactio secundum se sumpta est in ordine ad diuersos respectus contractus simul, & distractus. Ità quoad primam partem *Alciatus in rubr. C. de transact. num. 17., Caccialupus de transact. c. 4., Tiraquel de vtroque retract. §. 1 glos. 14. num. 65., & §. 8 glos. 4 num. 21., Mantica de tacitis, & ambig. lib. 26. tit. 1. num. 9., August. Barbosa in collect. ad cap. contingit de transact. num. 4., & ad l. contractus n. 6. C. de fid. instrum., Gutier. de iuram. conf. part. 1. cap. 60. num. 7., Iousa ad tit. de pactis art. 4. q. 1., Nicolaus de Castro ad tit. Instit. de empt., & vendit. num. 135.* Quoad secundam *Baldus in tit. de transact. num. 6. in decretalibus Roland. cons. 28. nu. 14., & seqq. vol. 4., Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 1. n. 8., Zanzer. de except. part. 3. c. 18 num. 3., Alexander Ludouis. decis. 354. num. 7.* Quoad vtramque simul *Oguate tract. 26. de transact. disp. 92. sect. 3.* 1 Est contractus, & distractus.

Probatur prima pars primò illis omnibus iuribus, quibus in iure transactio appellatur contractus *l. cum te transigisse C. de transact. l. 1. ff. eod. l. si donat., C. de his, quæ vi l. contractus, C. de fid. instrum. l. fin. §. fin. C. de litigiosis*; neque obesse potest,

teſt, quod etiam paſſim in iure vocetur pactum, vt *in l. vi reſponſ. 15. l. cum proponas 17. l. ſub prætextu 19. l. ſiue apud acta 28. l. ſi de certa 31. l. ſi pro fundo 33. l. tranſactio 38. C. de tranſact.*, *& l. tres fratres 35. ff. de pact. l. ſi inſtituta 27. §. 1. ff. de inofficioſ. teſtam.*; non, inquam, obeſſe poteſt, quia pactum ſecundum ſe optimè coniungi poteſt cum contractu, quinimmò omnes contractus abſolutè ſecundum ſe inuoluunt pactum, & pactum æquè dicitur de eo, quod in rigore non eſt contractus, ac de eo, quod propriè eſt contractus.

Factum coniungitur cũ cõtractus

Tranſactio eſt oneroſa reſpectu vtriuſque & quomodo.

Secundò, quia tranſactio eſt vltrò, citroq; obligatoria, vt per ſe patet, cum vterque tranſigens ex proprio expreſſo conſenſu ſe obliget ad non contraueniendum conuentis, quinimmò eſt oneroſa reſpectu vtriuſque, cum vterque acquirat, & amittat; actor quidem, quia amittit aliquid ex eo, quod prætendit, & acquirit aliquid de eo, quod negat reus; reus verò amittit, quia contribuere tenetur aliquid, quod negabat; & acquirit aliquid, quod actor contendebat ipſi non eſſe præſtandum. Tertiò, quia omnis ſpecies *Do, vel facio, vt des, vel facias; vel do, vt facias, vel facio, vt des* conſtituit contractum *l. 5. ff. de præſcriptis verb.*, ſed in tranſactione interuenit altera ex illis ſpeciebus; actor enim, vel dat aliquid de prætenſo iure, vt reus aliquid conferat, vel aliquid faciat, ergo &c. *Ægidius Hoſtienſis in comment. ad tit. de tranſact. in princip.*; *Valleronus de tranſact. tit. 1. qu. 3. n. 13., & 14.* Neque obeſſe poteſt, ſi aſſeratur, quod ex tranſactione nudè ſumpta nulla oriri poſſit actio ciuilis, niſi ſaltem ex altera parte per traditionẽ adimpleatur, vel niſi veſtiatur ſtipulatione ſimplici, vel Aquiliana, vel iuramento; adeoq; eadem non poſſit eſſe propriè contractus, cum de ratione contractus ſit, vt eo ipſo, quo oritur, trahat ſecum, & obligationẽ, & actionem per textum *in l. idem 20. ff. de iudic.*; Non, inquam, obeſſe poteſt, quia inprimis, vt aſſerit *Valleronus de tranſact. tit. 1. qu. 3. n. 47.*, non ideò tranſactio deſinit eſſe contractus, quia actionem non pariat, niſi paruerit creditor tranſactioni ex ſua parte, immò hoc eſſe commune cæteris omnibus contractibus innominatis; additq; quod, quamuis complementum, ſeu diſceſſio à lite compleri non poſſit viuente actore, niſi accedente acceptilatione, aut ſtipulatione, ſiue ſimplici, ſiue Aquiliana, aut iuramento, hoc non proueniat defectu eiuſdem tranſactionis, ſed rei, de qua agitur, ſeu potius creditoris, qui non eo modo implet, quo poſſit actionem habere. Deinde, vt aſſerit *Ognate de tract. 26. diſp. 92.* ad hoc, vt tranſactio ſit contractus de iure ciuili ſatis eſt, vt poſſit actionem producere, &, vt actualitèr producat exceptionem, & alios iuris effectus, ſemperque obligationem naturalem; cæterum, vt ſupra aſſerebam, & alibi etiam fuſiùs explicui, habet hoc contractus innominatus, vt ſecundum ſe non pariat actionem ciuilem, niſi veſtiatur, vel ſtipulatione, vel acceptilatione, vel traditione, vel alio contractu, per quæ poſtea tranſit in nominatum, & parit actionem ciuilem, quam ex natura ſua præciſè ſumpta non pareret *Molina d. diſp. 556. verſ. contractus innominatus*, nec ex eo, quod ſecundum ſe nón pariat illam actionem, niſi cum illis adminiculis, deſinit eſſe contractus innominatus.

Sufficit, vt pariat exceptionem.

Per conteſtationem litis, quaſi cõtractus.

Probatur ſecunda pars, quia in iudicijs per conteſtationem litis, quaſi contrahitur inter partes per textum *in l. 3. §. item ſcribit, ff. de peculio*, *Velaſcus axiomate 132. lit. I.*, *Carleual. de iudic. tom. 2. tit. 1. diſp. 1.*, *Olea de ceſſion. iur. tit. 1. q. 1. n. 24.*, ergo per tranſactionem verè fit diſtractus. Conſequentia probatur, quia ille contractus, ſeu quaſi contractus, qui per conteſtationem litis componitur, per trãſactionem verè diſſoluitur, quia per eandem receditur ab illa conteſtatione, & à lite *l. cauſas 16. C. de tranſact. l. tranſacta 229. ff. eod. tit. cap. 1. de litis conteſtat. in 6.*, *Baldus in rub. de tranſact. n. 6. in decretalibus*, *Mantica de tac., & ambig. lib. 26. tit. 1. n. 8.*, *Rolandus conſ. 28. n. 14., & ſeqq. vol. 4.*, vndè meritò cuiuſcunq; negotij, aut contractus, aut quaſi contractus reſolutio ſecundum vſum iuris dicitur diſtractus per textum *in l. verum 63. §. fin. ff. pro ſocio l. 2. ff. de diuortijs auth. de nuptijs §. nuptias l. 4. § id quoque, ff. de oblig., & act.* Neque dicas, quod, ſi hæc vera eſſent, falſa eſſent ea, quæ dicta ſunt in præcedenti parte, quandoquidem contractus, & diſtractus ſibi ſunt immediatè oppoſiti, de quorum natura eſt ex vulgatis regulis, vt quod de vno dicitur, de altero abſolutè denegetur; contra enim impugnaberis, quia contrarietas, & oppoſitio debet eſſe eiuſdem ſecundum idem; hic autem non eſt contractus, & diſtractus ſecundum idem, ſed ſecundum diuerſum reſpectum, & finem, nam diſtractus dicitur reſpectu litis, quam terminat, & diſſoluit, dicitur autem contractus ratione obligationis, quæ reſpectu vtriuſq; ex tranſactione conſequitur, per quam aliquid hinc inde dari, & retineri conuenit, vt à lite diſcedatur *Baldus in l. 2. col. 7. ff. de iure iurand.*, *Alexander in l. ſiue apud acta num. 15. ff. eodem*, *Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 1. num. 9.* Nec hoc nouum debet apparere, quandoquidem in omni ferè contractu oneroſo, & vltro, citroque obligatorio interuenit contractus ſimul, & diſtractus, ſic qui

Non eſt cõtractus, & diſtractus ſecundum idem.

rem aliquam vendit, dicitur illam distrahere, & contrahere pretium pro ea, qui verò emit, contrahit rem emptam, & distrahit pretium, sic qui locat operas suas, quodamodo distrahit, vt acquirat mercedem, qui verò easdem conducit distrahit mercedem, vt easdem operas acquirat, & sic ferè de cæteris omnibus contractibus *Ognate dict. tract. 26. disp. 92. sect. 3 num. 48.*

2 Est innominatus. Assertio II. Transactio est secundum se contractus innominatus, non nominatus *DD in l. quamuis l. siue apud acta, C. de transact., Vusembec. in parat. ad hunc titulum nu. 2., Ægidius Hortens. ad tit. de transact. in princip., Petrus Gregorius lib. 28., Sintagm. c. 2. n. 2., Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 1. n. 8., Valenzuola cons. 175. n. 10., Olea de cess. iur. tit. 6. q. 7. n. 12., Molina disp. 556. vers. sunt verò transactio, & compromissum, Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 3. n. 62., Valleronus de transact. tit. 1. q. 4. n. 10., & seqq.*

Varijs rationibus, & iuribus contendunt plurimi hanc assertionem improbare, & præcipuè ex eo, quod innominati contractus certum nomen non habeant iuxtà textum *in l. 2., & seqq. duabus, ff. de præscript. verb.*, transactio autem proprium, & speciale nomen habet, & differt à generali nomine conuentionis *l. 1. §. conuentionis, ff. de pactis.* Variæ rationes cōtrariæ. Deindè, quia in contractibus innominatis secundum se sumptis datur propriè locus pænitentiæ per textum *in l. 3. §. 1., & l. si pecuniam, ff. de condict. causa data l. ex placito, C. de rer. permut., Baldus cons. 104. num. 1. vers. sed in contractibus, Faber in tit. C. de oblig., & action. dif. 9.*, in transactionibus autem pænitentia non admittitur, etiam ante implementum, vt habetur expresse *in l. quamuis de transact.*, vbi expresse sic legitur. *Quamuis eum, qui pactus est, statim pæniteat, transactio tamen rescindi, & lis instaurari non debet, & l. cum proponas, C. hoc tit., Rolandus cons. 28. num. 21., & seqq. vol. 4., Natta cons. 520. num. 21., Hondedeus consult. 34. n. 91. vol. 2., Brunus à sole in loc. commun. verb. transactio num. 5.*, quod proprium est contractuum nominatorum, per textum *in l. 1. C. quando liceat ab empt. disced. l. ab empt. ff. de pactis l. contract. is circa fin. C. de fid. instrum., Rosental. de feud. c. 10. concl. 34. num. 20., Mantica de tacit., & ambig. lib. 1. tit. 8. num. 12., Cacheranus decis. 98. nu. 5., & 12.*

Sed facili negotio hæ rationes eluduntur, & quidem prima eluditur in primis ex eo, quod adhoc, vt aliquis contractus dicatur, & sit nominatus non sufficit, quod habeat nomen proprium contractus, sed vlterius requiritur, quod habeat propriam formam contractus nominati, pariatque actionem propriam, sic docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus VI. de permutatione prænot. 2. assert. 2. num. 5., & seqq.* Sed omnes istæ rationes eludūtur. quod, quamuis permutatio gaudeat proprio nomine, non tamen propterea fit contractus nominatus, quod latè ibi probauimus, & præcipuè ex eo, quod eidem non conceditur actio ex proprio nomine, quæ sit peculiaris ipsius, sed tantum actio præscriptis verbis, quę dumtaxat conceditur contractibus innominatis, iuxtà textum *in l. 1., & 2. ff. de præscript. verb.* Ibi, *nam cum deficiant vulgaria, atque vsitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est.* Applicando iam doctrinam materiæ nostræ dicimus, quod, cum transactio non habeat actionem specialem, & ex proprio nomine non possit propterea inter contractus nominatos computari, *Valleronus de transact. lib. 1. q. 4. n. 15.* Deindè non absolutè verum est, transactionem habere proprium, & specificum nomen, cum sit nomen generale, quod conuenit iuri iurando, compromisso, præscriptioni, rei iudicatæ, alijsque modis finiendarum litium, vt notat idem *Valleronus loc. cit. n. 18.* Eluditur item secunda ratio, quia quidquid sit de illa negatione iuris ad pænitendum etiam ante implementum contractus, quod non ità certum est, vt asseritur, cum transactio non pariat actionem, nisi secuto implemento ex vna saltem parte per ea, quæ habentur *in l. siue apud acta, & ibi Bartolus nu 21. C. de transactionibus*, & docent DD. innumeri *Mantica de tac., & ambig. lib. 26. tit. 1. n. 5., Larea alleg 26. n. 8., & seqq., Ciriacus controu. 537.* Quidquid, inquam, sit de illa negatione, adhuc tamen data illa non sequitur, quod transactio propriè sit contractus nominatus, quandoquidem ex speciali iure hoc cōstitutum est ex causa minuendarum litium, & firmandæ pacis, & concordiæ inter homines, prout habetur in textu *in l. fratri 10. de transact.*, vbi dicitur, quod *nullus esset finis litium, si à transactionibus bona fide interpositis cœperit facilè discedi*; ab ijs autem, quæ ex speciali iure in ordine ad determinatum finem procedunt non valet argumentum desumere *l. quod verò, ff. de legibus.*

Reiectis sic aliorum aduersantium rationibus iam me confero ad probationem assertionis, & primò sic procedit, *Valleronus tit. 1. quæst 4. num. 12.* Contractus nominati habent certam, determinatamque formam, qua contrahuntur, & perficiuntur, vt videre est discurrendo per omnes, sic emptio, & venditio habent formam rei, & pretij, per quam contradistinguuntur, tàm à cambijs, quam à simplici permutatione, ab illis quidem, quia in ipsis intercedit pecunia pro pecunia, ab ista, quia intercedit res pro

pro re, seu species pro specie, sic in stipulatione est congrua verborum conceptio; sed in transactione non vna, & eadem propriè est forma, quandoquidem modo pecunia interuenit ex vna tantum parte, quandoque ex vtraque, modo non pecunia, sed res pro re redditur, quandoque pecunia, vel res pro facto. Sed hæc ratio, in qua multum fidere videtur *Valleronus de transact. d. tit. 1. q. 4. n. 12.*, nullius roboris esse videtur, quandoquidem contractus locationis nemine dissentiente est contractus nominatus, & tamen non sub vna, & eadem forma contrahitur, quandoque etenim pro vsu rei fit conuentio de pretio, quandoque de re, seu de fructibus, qui substituantur loco pretij, quandoque operæ, & obsequia locantur pro mercede pecuniaria, quandoque pro aliqua specie, ergo etiam &c. Quamobrem potiorem rationem assertionis ex eo deduco, quod non pariat propriam, & specificam actionem, quod non nisi contractibus innominatis competit *tot. tit. de prescript. verb.*, vndè Iustinianus Imperator numerans *in §. actionum instit. de actionibus* contractus nominatos, quique propriam, & specificam actionem pariunt, non meminit transactionis.

Germana & efficax probatio assertionis.

Assertio III. Transactio quoad sui originem est potius iuris gentium, quàm iuris ciuilis, quamuis opitulationem non modicam, & incrementum nacta sit ab eodem iure ciuili *Caccialupus tract. de transact. quæst. 5. num. 6., Padilla in rubr. C. de transact. num. 24., Guliel. Rouil. in tract. de iustit., & iniustitia lib. 2. c. 1., Valleronus de transact. tit. 1. qu. 2. à num. 2. vsque ad fin., Ognate tract. 26. disp. 92. sect. 3. n. 66.*

3 Est contractus iuris gentium.

Non modicum negotij facessere videtur aduersus assertionem, quod circunfertur, quod scilicet sine actionibus non properetur ad iudicium *l. pupilli, §. videamus, ff. de negot. gest. l. tutores, ff. de administ. tut.*, actiones autem iuris ciuilis sunt *l. 2. §. deindè ex his legibus, ff. de orig. iur., Bartolus in l. frater à fratre, ff. de condict. indebiti*. Cum igitur ex genere suo transactio referatur ad iudiciorum exitium, & litium inductarum dissolutionem, presupponere debet actiones, per quas acceditur ad iudicium, & cum ipsæ actiones non nisi ex iure ciuili fuerint inductæ, sequitur, quod non nisi ex eodem iure induci potuerit & transactio, quæ supponit actiones. Nihilominus firma manet assertio, quæ sic

Instantia aduersus assertionem.

Probatur, nam ex quo facta fuit rerum diuisio, lites, & discordiæ esse cæperunt, vt habet Seneca in prouer. *Principium discordiæ est aliquod ex communi proprium facere*, subditque *Quietissimè viuerent homines in terris, si duo verba tollerentur meum, & tuum*, quod idem colligi videtur ex textu *in c. 2., 12. qu. 1.*, dum dicitur, *sed per iniquitatem alius hoc suum esse dixit, & alius illud, & sic facta est diuisio*; rerum autem diuisio in genere facta fuit de iure gentium per ea, quæ nos docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus 1. de contract., vt sic Prænot. 1.* sicque immediatè antè inductionem iuris ciuilis ortæ fuerunt rixæ, & controuersiæ. Congruum autem fuit, vt eodem iure, quo causa dissidiorum ex peruersa hominum voluntate orta est, & medela aptaretur, qua homines cæteroqui inter se discordes ad concordiam per mutuos consensus reuocarentur; Neque obesse possunt ea, quæ supra ex aduerso afferebantur; Non inquam, obesse possunt, quandoquidem longè ante introductionem iuris ciuilis iudicia, & actiones iuris gentium vigebant, vndè allegata iura, quæ asserunt actiones esse tantum iuris ciuilis, intelligenda sunt de actionibus cum illis stipulationibus, & formis, quæ modo vigent, non de actionibus illis secundum se.

Post diuisionem orta sunt dissidia, & rixa.

Dixi, *quamuis opitulationem non modicam, & incrementum nactasit ab eodem iure ciuili*, quandoquidem eidem formam, diuisionem, compositionem eadem iura ciuilia tribuerunt, & ad præfatam formam reduxerunt, ex quo factum est, vt eadem transactio iuri ciuili tribueretur, non quia ab eo originem traxerit, sed normam, & perfectionem; quinimmò, & idem ius ciuile ad firmius robur transactionis alias opitulationes adiecit, acceptilationes scilicet, & stipulationes, tàm simplices, quàm Aquilianas.

Tribuitur iuri ciuili propter normam, & perfectionem.

Assertio IV. Transactio est contractus potiùs stricti iuris, quam bonæ fidei, *Canonistæ cap. 2. de arbit. Legistæ l. 2., & 7. ff. de pactis, Baldus, & Salicetus in l. sub prætextu, C. de transact., Caccialupus in tract. de transact. qu. 5. num. 3., Vusembech. in hoc tit. num. 2., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 3. nu. 64.*, qui multis rationibus assertum conatur euincere primò, quia est contractus innominatus *Do, vt des*, qui contractus ex genere suo est stricti iuris; Secundò, quia est innominatus. Tertiò, quia ex ea datur actio, non propria talis contractus, sed communis præscriptis verbis. Sed debuisset reminisci Ognate eorum, quæ docuit *in tract. præcedenti 25. disp. 90. sect. 1. nu. 21.*, nempè contractum permutationis esse contractum *Do, vt des*, & tamen *nu. 20.* dixit esse contractum bonæ fidei per textum *in l. 2. C. de rer. permut., & in §. actionum instit. de act.*, vbi inter contractus bonæ fidei numeratur permutatio. Rursùs reminisci debuisset, se ibidem docuisse esse contractum innominatum, &

4 Est stricti iuris.

Reijciuntur rationes Ognate.

& gignere actionem dumtaxat præscriptis verbis, & tamen non negauit esse bonæ fidei contractum, ergo ex eiusdem rationibus hic adductis nihil euincitur. Quamobrem pro conualidatione huius assertionis me confero ad naturam, & conditiones actionum stricti iuris, quarum prima est, vt in ijs contractibus non fiat, nisi stricta, & rigorosa interpretatio *Accursius, Angelus Horoscius, Misinger. Otteman. in § actionum instit. de action., Lessius lib.2.cap.27. dub.3.num.15., Filliutius tract. 33. quæst.5. num. 10., Mantica de tacit., & ambig. lib 1.tit.9.num.7., Aluarus Valascus de iure emphyth. qu.5.nu.1.* Secunda, quod in contractibus stricti iuris ex quocunque dolo non rescinditur ipso iure contractus, sed ad summum ope exceptionis venit rescindendus *l. eleganter 7. in princip. ff. de dolo l.7. § vltim. ff. pro socio l. in causa in princip. ff. de minor., Accursius in §. actionum institut. de act., Coaruuias reg. possessor part.2. num.6., Aluarus Valascus de iur. emphytheur. qu.5 num.6., Gutter. de iur. confirmat.p.1.c.27.n.12.*, sed hæ duæ præcipuè conditiones potissimum pertinent ad transactionem, in qua, quia præcisè dependet ex partium consensu Iudex debet interpretari rigorosè, secundum quod æquedem partes alegant, & probant, vt per se patet, nec ex quocunque dolo ipso iure hæc rescinditur, vt fatentur communitèr DD. ergo &c. Deindè iura præcipuè *in d. §. actionum institut. de action.*, enumerant contractus bonæ fidei, inter quos non computant transactionem, ergo quia ex dispositione iuris inter illos non computatur.

Natura, & conditiones contractuū stricti iuris.

5 Assertio V. Transactio secundum se sumpta præscindendo a cæteris opitulationibus, quæ regulariter eidem adiunguntur, perficitur solo consensu expresso, nec indiget scriptura *Vusembech. tit. de transactione n.6., Azotus in summa verb. transactionis 4. Caccialupus de transactione qu. 12. num. 1., Hostiensis in summa num. 2., Ognate d.tract.26. disp.92. sect.9. n.56.*

Secundū se solo consensu perficitur.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod in primis non exigit traditionem, quia secus nunquam esset nudum pactum, quia esset vestita traditione saltem per alteram partem; nec item stipulationem vel simplicem, vel aquilianam propter eandem rationem, & huiusmodi stipulationes essent formale transactionis, non adminicula adiuncta à iure in eiusdem firmamentum.

Ratio secundæ partis, quod scilicet non requiratur scriptura manifestè deducitur *ex l. siue apud dicta l. cum tu, C. de transact., l. pactum 17. l. cum proponas 21. C. de pactis, Niger de laudemio tom.2.q.51.n.13., Larrea alleg.26.n.27., Rota coram Penna decis.995. n.3.*, nec alicubi in iuribus reperitur, quod ad substantiam huius contractus requiratur scriptura, vnde ad summum in aliquorum sententia in huiusmodi contractu requiritur scriptura adhoc vt habeat paratam executionem pro his, quæ virtualitèr in ea comprehenduntur. *Augustinus Barbosa in c. si quando n.2. de offic. deleg.* 6

6 Nullum ius exigit scripturā.

Ex eo autem, quod dixerimus in prima parte solo consensu perfici transactionem sequitur, quod inter absentes per epistolam, vel per nuntios possit celebrari, quandoquidem transigentium consensus per illum, seu per illos potest deferri *arg. textus in l.2.ff. de pactis, Matth. Cunn. de pact. lib. 1. c.9., Gaitus de credito c.4. nu.266., Genua de scriptura priuata lib.3.tit. de Epistola n.187., Farinacius decis.102.nu.16. post lib.1.consil., Valenzuela cons.161.num.21.* 7

7 Potest celebrari per nuntium, & epistolas.

PRÆNOTIO III.

De causis transactionis in genere, & in particulari.

SVMMARIVM.

Illi omnes possunt transigere, qui habent plenum dominium, & administrationem rerum suarum, nec ratione ætatis interdicuntur à contrahendo. 1.

Serui in rigore sumpti nequeunt transigere. 2.

Nec filij familias, nec prodigi post interdictam administrationem, nec amentes. 3.

Nec infantes, nec minores. 4.

Minor, si transigerit sine auctoritate tutoris, transactio est nulla, si auctoritate eiusdem competit ipsi restitutio. 5.

Si intercesserit læsio modica respectu minorum non datur restitutio in integrum aduersus transactionem. 6.

Si fuerit grauis, & enormis datur. 7.

Transactio per minores facta sine alienatione non interueniente tutore obligat alterum minori, non minorem ipsi. 8.

Si fuerit noxia, transactio non tenet. Ibid.

Siue res controuersa remaneat penes minorem, siue alteri tradatur sine auctoritate tutoris non tenet, si sit illi noxia. 9.

Minor etiam, si veniam ætatis à Principe impetrarit, non potest transigere. 10.

Non potest exigere restitutionem in integrum aduersus transactionem, quàm facere potuit, & non fecit post rem iudicatam. 11.

Regularitèr possessor maioratus, hæredes fideicommisso grauati, vassali transigere nequeunt super bonis, quibus gaudent. 12.

Transactio potest fieri inter fideicommissarium, & hæredem. 13.

Etiam interueniente auctoritate Regia cum possessore maioratus. 14.
Hac facultas Regia sufficit, si subsequatur. 15.
Possessor maioratus retentis bonis, & alteri soluta certa pecunia quantitate non transfert ius haeredi ad recuperandum solutum. 16.
Pater potest transigere super bona profectitia, & aduentitia filij ex iusta causa. 17.
Pater, si sine iusta causa transegerit, vtitur filius rei vendicatione aduersus possessores immediatè. 18.
Inter Patrem, & filium, vt tales non potest esse transactio. 19.
Oppidum, & vniuersitas super bonis immobilibus sine Principis auctoritate non potest transigere. 20.
Regularitèr Procurator sine speciali mandato non transigit. 21.
Procurator etiam cum libera *non potest transigere*. 22.
Limita in casu, quo esset Procurator in rem propriam. 23.
Forma substantialis transactionis est liber consensus praestitus per transigentes. 24.
Materia transactionis est quaecunque res incerta, seu ius dubium alienabile. 25.
Super iuribus Ecclesiasticis immobilibus non potest transigi, si sequatur alienatio sine iuris forma. 26.
Potest tamen transigi super iuribus nondum quaesitis. 27
Super alimentis testamento relictis, & donatione inter viuos non potest transigi. 28.
Neque in causis beneficialibus. 29.
Neque super testamento, & ijs, quae in eodem continentur fit, nisi inspecto toto testamento. 30.
Etiam, si transigens renuntiauerit iuribus sibi competentibus. 31.
Neque super causa matrimoniali. 32.
Super crimina capitalia regularitèr potest transigi. 33.
Excipe in causa adulterij. 34.
Item in crimine raptus, & stupri. 35.
Item in crimine laesae Maiestatis. 36.
In criminibus non capitalibus non admittitur transactio. 37.
In crimine accusationis falsi admittitur transactio. 38.
Etiam in crimine furti, & iniuriarum. 39.

Finis transactionis secundum se patet. DE causa finali vix aliquid remanet ambigendum, cum tendat ad lites, & controuersias in iudicijs sedandas, & ad animos collitigantium inuicem conciliandos, vt euincitur *ex tot. tit. ff. & C. de transact. omnibus*, & nos sparsim suprà probauimus. Quamobrem quaestiones sub hoc titulo restringemus ad causam efficientem, quae sunt ipsi transigentes, & ad materialem, quae est materia, circa quam, & ad formalem, quae est consensus, aliaque, quae dant esse contractui. Circà efficientem eos comprehendemus, qui apti sunt ex genere suo ad transigendum, eosq; per capita excludemus, qui sunt inepti. Circà materialem ea inquiremus, de quibus potest transigi, eaque, de quibus non potest. Circà formalem tandem secernemus substantialia à non substantialibus, eaque, quae adiunguntur contractui.

1 Quinam possint transigere in genere. Assertio I. Causa efficiens transactionis possunt esse illi omnes, qui habent plenum dominium rerum suarum cum libera administratione, nec ratione immaturae deliberationis interdicuntur à contrahendo. In hanc conueniunt ferè omnes *Caccialupus de transact. quaest. 7., Azotus in summa tit. de transact. n. 3., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 8. num. 4.* Quibus ego aliam conditionem adijcerem, scilicet, nec à dispositione iuris prohibentur transigere.

Requiritur dominium in transigente, & deliberatio. Ratio in vniuersum huius assertionis ex eo deduci potest, quia transactio ex superius dictis est contractus, & vtique ex vtraque parte onerosus, & mutuus, & vltrò citroque obligatorius, ergo, quia contractus est, & mutuus exigit vtriusq; contrahentis consensum, & vtiq; liberum, non coactum, nec inuoluntarium mixte, quia verò est ex vtraq; parte onerosus exigit, vt aliquid ex vtraque parte acquiratur, & deperdatur, Non potest autem esse consensus absolutè liber, vbi ratione subiecti est, & praesumitur dumtaxat immatura deliberatio; nec potest esse onerosus, vbi transigentes non habent, quod transferant, vel etiamsi habeant, impediuntur à iure, ne illud transferant, nisi seruatis certis iuris solemnitatibus.

2 Serui, nec particulares Religiosi possunt transigere. Defectu primae conditionis, scilicet defectu dominij, seu alicuius iuris in re transigere nequeunt serui propriè, & in rigore sumpti, eo quia non habent bona, super quibus valeant transigere, cum quidquid ipsi acquirant, dominorum fit, nec singulares Religiosi, cum ratione solemnis professionis priuentur quocunque iure, & ex persona propria inhabiles reddantur.

3 Nec filij familias, nec prodigi, nec amentes. Defectu secundae conditionis, scilicet plenae administrationis interdicuntur à transigendo filijfamilias quoad bona, quorum non habent plenam administrationem sine consensu Patris, item prodigi, & amentes sine auctoritate suorum curatorum, quod intellige post interdictam eisdem administrationem, & assignatum curatorem per ea, quae alibi sparsim diximus.

Defectu tertiae conditionis, scilicet immaturae deliberationis, & non pleni iudicij transigere nequeunt infantes, & minores,

res, etiam quoad bona castrensia, vel quasi castrensia, quia, quantumuis habeant plenum dominium, & vsumfructum in illis, non habeant tamen quoad illa administrationem, adeoque sine auctoritate patris de illis nequeunt disponere; quod, si tamen fuerint filij familias, & existentes adhuc sub patris potestate excesserint annos viginti quinque, tunc absolutè super bona castrensia, & quasi castrensia poterunt transigere, cum quoad illa computentur tanquam patresfamilias *lege cum oportet*, §. 1. *C. de bonis, quæ lib. Caccialupus loc. cit.*, *Azotus in summa de transact. circa fin.*

4 Nec infantes, nec minores etiã quoad bona castrensia.

Hic occasione huius tertiæ conditionis oritur difficultas, an, si minor vigintiquinque annis transegerit sine auctoritate tutoris, vel curatoris, transactio sit ipso iure nulla, & an, si transegerit cum auctoritate eiusdem, possit iustè petere restitutionem in integrum. Qua in re existimandum censeo, quod, si transegerit sine tutore, vel curatore transactio ipso iure sit nulla, si verò transegerit eodem interueniente eidem competat restitutio in integrum. Ità quoad primam partem *Narbona annal. iur. anno* 25. *qu.* 12. *n.* 1., *Posthuius decis., Rota* 105. *n.* 20. *in tract., Trentacinque lib.* 2. *var. resol. tit. de iudicijs resol.* 6. *num.* 2., *Ioannes Baptista Thoro tom.* 3. *compens. decis. part.* 3. *vers. transactio facta inter tutorem.* Quoad secundam *Sfortia Od. de restitut. in integrum qu.* 66. *art.* 3., *Facchineus cons.* 66. *num.* 2. *lib.* 1., *Osuald. ad Donel. lib.* 21. *c.* 9 *lit. Q.*, *Narbona ann. iur. ann.* 25. *quæst.* 12. *n.* 5., *Valleronus de transact. tit.* 4. *qu.* 1. *num.* 36., & 37., *Ognate dict. tract.* 26. *disp.* 92. *sect.* 8. *n.* 8. Prima pars ex eo deducitur, quia iura ad validam transactionem requirunt legitimam ætatem annorum 25. *l. non minorum* 20. *l. si maiores* 25. *l. si profundo* 33. *l. si maior ann.* 36. *C. de transact. l. qui cum tutoribus, ff. eodem l.* 4., & 5. *C. eodem*, & quidem congruè hoc decernitur, quandoquidem transactio est species alienationis *l. non solum, C. de prædijs minor. l. sancimus, C. de reb. alien. non alienc. venieus cap. contingit de transact. Simoncel decret. lib.* 2. *tit.* 6. *inspect.* 10. *n.* 100., *Brunus à sole in compend. verb. transactio num.* 4., ad validam autem alienationem requiritur ætas viginti quinque annorum, *Valleronus de transact. tit.* 4 *qu.* 1. *num.* 33. Secunda pars ex toto tit. *C. si aduersus transactionem* facilè liquet, & *ex l. fideicommisso* 11. *de transact.*, intellige tamen in suppositione, qua minor fuerit in tali transactione læsus, quià restitutio supponit læsionem *l. verum*, §. *sciendum, ff. de minor., l. minoribus, C. de integr. restitut., l. nam, & postea*, §. *si minor, ff. de iur. iurand. cap. constitutus* 8. *de in integr. restitutione*, quod

5 Minores contrahentes sine auctoritate tutoris inualidè transigũt

Transactio est species alienationis.

Restitutio supponit læsionem.

etiam verum est, quantumuis transactio fuerit sententia confirmata *Neguerol alleg.* 18. *n.* 46., *Narbona annal. iur. anno* 25. *q.* 12. *num.* 5., *Ognate dict. tract.* 26. *disp.* 92. *sect.* 8. *num.* 8., quandoquidem aduersus etiam sententiam, si vere fuerit læsio, datur restitutio in integrum, vt DD. satis communitèr. Sed, an si transactio à minore facta fuerit iuramento firmata, teneat, affirmant communitèr, quia iuramentum efficit de minori maiorem, & supplet defectum ætatis, contractumque roborat *auth. sacramenta puberum, C. si aduers. vendit. cap. vnico*, §. *item sacrementa puberum de pace iur. iur. firm. DD. in l. si quis maior.* 41. *C. de transactione, Narbona ann. iur. ann.* 25. *qu.* 12. *in fin.*, *Parlador. lib.* 2. *rer. quot. c.* 4. *num.* 17., *Bellon. de his, quæ fiunt incontinenti cap.* 188. *num.* 3. Dubitant tamen, an, si intercesserit læsio, detur adhuc restitutio in integrum aduersus transactionem. Communitèr respondent, non dari huiusmodi restitutionem *Corneus cons.* 133. *col. penultim. vol.* 3., *Paulus de Castro cons.* 269. *col.* 2. *vers. si verò vellet vol.* 1., *Ruinus cons.* 170. *col.* 4. *vers. circa secundum volumine* 1., *Alciatus in cap. cum contingat num.* 130. *de iurerand.*, & alij apud *Seraphinum de priuileg. iuram. priuileg.* 83. *num.* 85. Nihilominus placet cum distinctione respondere secundum qualitates læsionis, quæ contingit; vel etenim læsio modica est, & minima, quæ regularitèr in similibus contractibus in consideratione non habeatur, & hanc existimo non tribuere fundamentum restitutionis in integrum *Aret. in cons.* 16. *col. fin. vers. nec obstat præmissis*, *Corneus cons.* 166. *circa princip. vol.* 1., *Gratus lib.* 1. *respons.* 4. *ad fin.*, & ratio ea esse potest, quia regularitèr de ijs modicis non est cura; vel læsio illa magna est, licet citrà dimidium iusti pretij, vt si iustum pretium fuerit centum, & exactum fuerit centum cum viginti, &, quamuis hæc læsio à *Baldo in l. penult.*, *C. de arbitris* appelletur tolerabilis, nihilominus sufficiens tribuit fundamentum restitutionis in integrum, quia in magnis læditur *l. nam, & postea*, §. *si minor.*, & *ibi Glosa cap. Bartolus, ff. de iur. iurand.*, & *l. fin. C. de in integr. restit.*, *Corneus cons.* 252. *col.* 5. *in princip. vol.* 3., ex quibus euincitur, quod restitutio possit peti, si fuerit læsio maior, seu enormis. Multis rationibus potest euinci hoc assertum, & primò cum quis grauiter læditur, iuramentum nihil operatur, quia quamuis sit licitum ex parte iurantis, tamen ex parte recipientis reputatur illicitum, quod in fortioribus terminis valet, quando læsio est maior, & enormis, & hoc ea ratione, quia locupletaretur cum aliena iactura, quod est contrà bonos mores *l. planè, ff. de petit.*

6 Si læsio fuerit modica non datur restitutio in integrũ.

Secus, si læsio fuerit grauis, & enormis.

Locupletaretur aliena iactura.

hæredit., *l. nam hoc natura*, *ff. de condict. indeb.*, vndè in iure pro eodem computantur dolo facere, & locupletari cum aliena iactura, *Signorol. in conf. 82. col. 4. in fin.* Cum igitur iuramentum ex parte recipientis præsumatur illicitum, non est deneganda iuranti absolutio à iuramento, eiq; concedi debet restitutio in integrum, quę concederetur, si iuramentum non intercesserit *Natta conf. 631*. Secundò, quia in tali transactione per iuramentum firmata nulla est æquitas, quæ consistit in proportione pretij ad ius, ergo iniquitas, ergo iuramentum non potest illam firmare ad effectum, ne possit peti absolutio ab eodem iuramento, cæteroqui iuramentum esset iniquitatis vinculum *c. si verò de iureiurand. Ancharanus conf. 83. circa fin.*, *Afflict. decis.* 322. *nu.* 9. Quod autem dicatur esse iniquitas, quantumuis læsio non sit vltrà dimidium, sed circà illud habetur *in §. pretium instit. de empt.*, *& vend.* per textum *in l. scio de restit. integr.*, & sufficit, quod sit læsio in 6. parte, *Paulus de Castro conf. 465. col. 2. nu. 2. vol. 1.* Tertiò, quia quando contingit grauis læsio maximè in minore præsumitur ignorantia per textum *in l. quisquis*, *C. de rescind. vendit.*, ergo ad illam non extenditur iuramentum *Corneus in conf. 258. col. 4. vol. 4.*

Sufficit læsio in 6. parte.

Circa transactionem factam à minori sine interuentu tutoris, vel curatoris nonnullæ insurgunt rationes dubitandi, quas currenti calamo placet in hoc loco dirimere, ne alium in locum transferam. Prima est, an, si minor transigat sine eadem auctoritate tutoris, adeo vt ex tali transactione nulla sequatur alienatio, teneat eadem transactio. Secunda, an, si in transactione res apud eundem minorem permaneat, & aliquid soluat actori agenti, vt à lite discedat, teneat transactio, &, an teneat cum res litigiosa ab aduersario possidetur, eique dimittitur. Tertia, an, si minor transigat sine curatore, teneat transactio, si veniam ætatis obtinuerit à Principe. Quarta, an, si minor transigere potuit, & recusauit, oblatamque ab aduersario compositionem renuit, si postea condemnetur in totum possit exigere restitutionem aduersus transactionem non factam, cum facere antecedentèr potuerit.

Nõnullæ dubitationes circà trãsactiones

8 Ad primam afferendum arbitror cum distinctione; vel etenim illa transactio, quæ dicitur sine alienatione, vtilis supponitur eidem minori transigenti, vel eidem noxia. Iuxtà primum sensum existimo, transactionem tenere quantum ad obligandum alterum, cum quo transigit, eidem pupillo, non quantum ad obligandum pupillum alteri. Iuxtà secundum sentio transactionem absolutè, non tenere. In hanc sententiam iuxtà hanc distinctionem propendere videtur *Antonius Faber in iurisprudent.*, *Papinian. tit. 12. principali 7. illat. 43.* quem valdè commendat *Valleronus de transact. tit. 4. q. 1. n. 27.*, cuius verba ad literam recitat, quæ, quamuis videantur in alio sensu procedere, multum tamen faciunt ad rem præsentem. Ratio primæ partis ex ijs deducitur, quæ alibi dicebamus, quod scilicet minores in contractibus, quos ineunt, obligent alios sibi, non se alijs in ijs, quæ sibi sunt fauorabilia, eo quia iura, quæ minoribus contractus prohibuerunt, respexerunt ad eorum indemnitatem, non autem voluerunt commoda impedire, vndè optimè inquit *Iustinianus in l. penult. C. ad Senat. Conf. Trebel.* verendum esse, *ne dum nimia subtilitate vtimur circà res minorum in eorum odium retorqueamus*, *quod ipsorum fauore constitutum est*. Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod suprà innuebamus, quod iura absolutè prohibeant huiusmodi contractus minoribus, qui propterea, si contrahant, iure obsistente inualidè contrahunt; nec existimandum est præcisè inualidari contractum ex alienatione, vt multi contendunt, sed etiam ex motiuo damni, quod quomodocunque subsequi potest eidem minori contrahenti ex immatura deliberatione, & non pleno iudicio, vndè meritò dicit *Antonius Faber loc. cit.*, quod etiam, si res controuersa per transactionem minori remaneat, possit tamen patrimonium illius ex eadem transactione diminui, si fortè pro ea retinenda aliquid præstiterit, vel remiserit, quod longè maioris æstimationis sit. Sicuti igitur per superius allegata, si transactio facta sit per minorem non autorante tutore, vel curatore est absolutè inualida, ità etiam erit inualida, si sine alienatione eiusdem rei controuersæ fiat transactio per diminutionem patrimonij, quandoquidem militat eadem ratio finalis nullitatis.

Transactio vtilis minori tenet, & obligat alterum ipsi, non è contra.

Ad secundam dicendum est, quod, siue res controuersa ex transactione remaneat penès minorem transigentem, siue possideatur ab aduersario, illique dimittatur, non subsistat transactio facta à minore sine auctoritate tutoris, seu curatoris, si ex illa præiudicium aliquod ingeratur eidem minori transigenti. Ità quoad primam partem, *Antonius Faber in iuris prud. Papiniana tit. 12. princip. 7. illat. 47.*, *Osuald. lib. 3. commun. cap. 12. littera E.*, à quibus non dissentiri videtur *Valleronus de transactione tit. 4. quæst. 1. num. 27. in fin.* Quoad secundam *Bartolus in l. nulli num. 2. ff. de transactione*, *Caccialupus de transactione quæst. 7. num. 8.*, *Pinellus in l. 1. C. de bon. matern. tertia parte num. 46.*, *Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. glos. 14. nu. 66.*, *Gratianus discept. 475. num. 16.*, *& seqq.*, *Ve-* 9

Nõ valet, siue res remaneat penès minorẽ, siue alteri dimittatur.

Velasco de priuileg. paup. 3. part. qu. 8. n. 441., Peregrinus de fideicommiss. art. 40. num. 124. Ratio primæ partis ex ijs deducitur, quæ dicebamus in præcedenti resolutione, quandoquidem, quantumuis remaneat res litigiosa penès minorem potest ille consequi maius damnum in deterioratione patrimonij, cui obuiare voluerunt iura in prohibitione transactionis per minorem faciendę ante vigesimum quintum annum iuxtà superius allegata. Ratio secundæ partis deducitur ex eo, quod habetur in primis *in l. qua ratione 9. §. interdum, ff. de acquir. rer. domin.*, vbi sic legitur. *Licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*, quod idem habetur *in §. interdum instit. de rer. diuis. l. proponebatur l. eius rei, ff. de rei vendicat. l. si sponsalibus, §. 1. ff. de iure dot.* Neque obesse potest, si afferatur, quod iura obsistere solummodò videantur translationi iuris iam quæsiti, non autem iuribus quærendis *Natta cons. 44. vol. 2., Ancharanus cons. 136., Baldus in l. præses, C. de transact., Surdus cons. 501. nu. 6. lib. 4., Trentacinque lib. 3.*

Iura respiciunt damnum quomodocunq;

var. tit. de rer. alien. resol. 1. num. 27. Non, inquam, obesse potest, quia transactio respectu minorum non solum prohibentur propter alienationem, vt supra insinuauimus, sed etiam propter quodcumque damnum, quod imminere timetur ex immatura deliberatione, quod æque esse potest, siue in quæsitis, siue in proximè quærendis, ad quæ minor ius aliquod habet, adeoque &c.

Ad tertiam dicendum est, quod, si minor veniam ætatis à Principe impetrarit, adhuc non possit validè transigere *Antonius Gomez tom. 2. var. cap. 19 num. 11., Castillo de Tercijs cap. 41. num. 99., Cancer. 1. part. var. c. 7. num. 15., Hermosilla in l. 4. tit. 5, part. 5. glos. 2. num. 7., Vela disert. 1. num. 29.*

10 Etiam obtenta venia ætatis nō potest trāsigere.

Ratio ex eo deducitur, quia simplex impetratio veniæ ætatis extenditur præcisè quoad administrandum, non autem quoad alienandum ea, quæ sine decreto minoribus non conceduntur alienari per textum *in l. 1., & 2. C. de his, qui veniam ætatis impetrar.*, quandoquidem rescriptum Principis vtpotè exorbitans à iure communi strictè interpretandum est, vt quominus fieri possit discordet a iure communi, vel licet non semper in transactionibus intercedat alienatio per ea, quæ superius dicta sunt, quia tamen regularitèr transactio inuoluit, vel eandem alienationem, vel speciem donationis, ideò sub simplicis administrationis concessione venire non intelligitur.

Ad quartam asserendum est, post rem iudicatam minorem non posse exigere restitutionem aduersus transactionem non factam, cum antecedentèr facere potuisset, nisi in casu, quo à re iudicata posset interponere appellationem, aliudue iuris remedium siue ordinarium, siue extraordinarium, *Valleronus de transactione tit. 4. quæst. 1. num. 43., & seqq.* Ratio ex eo deducitur, quod suprà latè probauimus, quod scilicet super re iudicata, pro qua nullum suppetit iuris remedium, siue ordinarium, siue extraordinarium non potest esse transactio, quæ solum potest esse de re dubia, & de lite incerta per textum *in l. ingenuum 25. ff. de stat. hom. l. 1. in fin. 2., & 3. in princip. ff. de agnos. lib.*, non est autem res dubia, nec lis incerta, quando est res iudicata sine remedio, cum res iudicata constituat ius liquidissimum, & faciat verum debitum *l. si non sortem, §. hæredi, ff. de condict. indeb. l. cum putarem, ff. famil. erciscun.* minori autem contra verum debitum non succurritur *argument. in l. tutore 9 §. si tutor, ff. de administratione tut.* Secundò ratio ex eo deduci potest, quia restitutio non conceditur, nisi supposita læsione, cum illam supponat *l. verum, §. sciendum, ff. de minor. l. minoribus, C. de in integr. restitut. l. nam, & post ea, §. si minor. ff. de iur. iur.*, sed quando per rem iudicatam, super quam non datur remedium aliquod siue ordinarium, siue extraordinarium minor condemnatus est, non potest esse læsio, cum res iudicata ex superius allegatis cōstituat verum debitum reale, & liquidum, & de albo faciat nigrum, producatq; ius irreuocabile; neque obesse potest, si afferatur, quod ex prædictis minor potest venire contra transactionem, etiam sententia Iudicis firmatam, & petere restitutionem in integrum, adeoque etiam, quod videatur posse venire contra sententiam, & rem iudicatam, & petere restitutionem transactionis antecedentèr non volitæ; item, quod minor etiam aduersus lucrum omissum restituatur per textum *in l. ait Prætor, §. quæsitum l. non omnia 94. ff. de minor. l. cum quidam 17. §. si pupillo, ff. de vsur.*, adeoque, quod à fortiori debeat restitui contra transactionem non volitam; Non inquam, obesse potest, quia sententia circa transactionem firmat ad summum eandem transactionem, non attingit autem debitum, nec ipsum de illiquido facit liquidum; vndè, sicuti minor potest venire contra transactionem simplicitèr, potest etiam, si verè constet de læsione venire contra eandem sententia firmatam; transactio autem, seu res iudicata in hypothesi præsenti respicit, & attingit ipsum debitum immediatè, ipsumque de illiquido facit liquidum, constituitque ius irreuocabile, adeoque contra ipsam non

11 Nō potest exigere post rem iudicatā restitutionem in integrum.

Non est amplius res dubia.

Nōnulla obiecta, eorumq; solutio.

non potest amplius venire minor petendo restitutionem transactionis non volitæ. Ad illud, quod subditur de restitutione lucri omissi, dicendum est, hoc verum non esse, quando restitutio fuit cum alterius dispendio, prout considerauit *Valleronus de transact. tit. 3. qu. 1. num. 47.* in præsenti autem hypothesi restitutio esset cum graui damno alterius, qui, ex quo consecutus est sententiam circa debitum, quæ transiuerit in rem iudicatam, habet ius irreuocabile ad totum iudicatum, qui propterea damnum magnum consequeretur, si eo iure per restitutionem priuarentur.

12 Quinam defectu dominij transigere nequeant. Assertio II. Regularitèr loquendo possessores maioratus, Vassalli, hæredes fideicommisso grauati, & emphytheutæ transigere nequeunt super bonis, quibus respectiuè gaudent *Molina de Hisp. primog. lib. 4. c. 9. nu. 7., & seqq., Morla in emptorio tit. 4. q. 3. n. 3., Peregrin. de fideicomm. art. 40. n. 119., & seqq., Sfortia de fideicomm. art. 19. n. 151., & seqq., Moneta de commut. vlt. vol. c. 9. nu. 348., Barbosa in cap. potuit de locat. nu. 70., Gregorius XV. decis. 418. n. 11., Olea de cession. iur. tit. 2. quæst. 1. n. 47. alter Molina Theologus tract. 2. de instit. disp. 557. vers. qui alienare non potest, Panormit. c. cum contingit de transact.*

De facili sequeretur alienatio. Ratio in vniuersum esse potest, quia circa huiusmodi bona prohibita est absolutè alienatio, vt omnes nullo penitùs dissentiente affirmant, ergo, & prohibita intelligi debet circà eadem transactio, quandoquidem, si fieri posset circa eadem validè transactio, ea via facilè eueniret, vt in eisdem bonis alienari prohibitis induceretur, & alienatio; propter quam rationem statutum est *in l. non solum, C. de præd. minor.*, quod minores, qui nequeunt alienare, nequeant etiam transigere. *Non solum per venditionem prædia pupilli, vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto à dominio suo possunt*, & licet hic textus loquatur præcisè de transactione per pupillos, vel adolescentes facienda, ex paritate tamen rationis eundem extendit *Molina dict. disp. 557.* ad alios omnes, qui fuerunt in assertione numerati, quandoquidem prohibita alienatione censentur omnia prohibita, quæ ad eandem possunt conducere.

Explicantur varia iura, quæ directè videntur impetere assertionem. Aduersus hanc assertionem, eiusque rationem multa per aduersarios congeruntur argumenta à iure desumpta, quæ videntur eam directè infringere. Primum desumitur *ex l. cum hæreditas 36. ff. ad S. C. Trebell.*, vbi dicitur, quod, si hæres grauatus restituere hæreditatem compromittat circà rem aliquam hæreditariam, possit compellere fideicommissarium, antequam eidem hæreditatem restituat ad præstandam idoneam cautionem de ijs omnibus obseruandis, quæ hæres circa dictam hæreditatem gessit, inter quæ est compromissum; ex quibus euincitur, hæredem fideicommisso grauatum posse compromittere, & per consequens etiam transigere, quod etiam confirmatur *ex l. ante restitutam, ff. de solut.*, vbi dicitur validas esse liberationes factas ab hærede grauato debitoribus hæreditarijs ante hæreditatem restitutam. Secundum desumitur *ex c. 1. §. penult. si de feudo de fun. fuc. cont.*, vbi dicitur, quod Vassallus transigere rectè possit, quod idem habetur *ex cap. 1. de controuers. inter Vassal., & alium de beneficio*. Tertium quoad hęredem grauatum fideicommisso habetur *in l. vltim. §. vltim. ff. de transactione*, vbi approbatur transactio facta ab hærede ità grauato cum debitore aliquo hæreditario ignorante hęreditatem esse restitutioni obnoxiam, tuncque eundem debitorem posse iustè excipere de tali transactione, tàm aduersus hæredem, quàm aduersus fideicommissarium. Sed facili negotio dissolui possunt hæc argumenta tanquam non attingentia, nec infringentia vim assertionis; Ad primum etenim de hærede grauato desumptum *ex dict. l. cum hæreditas, ff. ad S. C. Trebell.* dicendum est, textum illum non approbare per hæredem grauatum simplicitèr, & absolutè fieri posse compromissum, seu transactionem, sed solummodò supponere compromissum ab eodem fuisse legitimè factum, vel cum consensu fideicommissarij, vel ex necessitate statuti, vel ex sententia Iudicis; in quo casu optimè asserit, quod ipse fideicommissarius non possit exigere restitutionem hæreditatis, nisi idoneè iurauerit se obseruaturum ea, quæ hæres grauatus gessit, inter quæ est compromissum; in hanc responsionem, & explicationem propendent *Molina de Hisp. primog. lib. 4. cap. 9. num. 12. alter Molina dict. disp. 557. vers. non obstat l. cum hæreditas, Valleronus de transactione tit. 4. qu. 2. num. 9.* Ad secundum desumptum *ex l. ante restitutum, ff. de solut.* dicendum est textum illum procedere de liberationibus necessarijs tantum iuxta solutiones, debitamque hæreditatis administrationem. *Idem qui suprà, & vlterius Caldas qu. 23. n. 113.* Ad tertium desumptum *ex cap. 1. §. penult. si de feudo, & c. 1. de contr. inter vas., & alium*, dicendum est, hæc iura non amplius militare, ex quo correcta sunt *per c. Imperiales de probib. feud. alien.*, vel dic cum *Iulio Claro lib. 4 sentent. § feudum q. 38., & 39.*, & alijs, quod nos infrà dicemus etiam, hæc dumtaxat pro-

Compromissum supponitur factū ex necessitate.

Et de liberationibus necessarijs.

procedere, quando transactio ità fit, vt feudum remaneat penes Vassallum inuestitum à supremo soluta solummodò certa pecuniæ quantitate alteri ad ineundam compensationem suprà controuersiam.

13 Potest fieri inter fideicommissariū, & hæredē.

Dixi, *regularitèr loquendo*; non enim negauerim in aliquibus casibus præallegatos in assertione posse validè, & efficacitèr transigere; & primò quando hæc sequitur inter fideicommissarium, & hæredem, dummodò per eam nō præiudicetur agnatis, inter supremum, & Vassallum *Molina de primog. Hispan. c.27. nu.18., Carualhus de vna, & altera quarta n. 359., Valleronus de transact. tit.4 q.2.n.12.*, quia tunc cessat finis prohibitionis, ne scilicet allegata bona vinculata transeant in extraneas manus inscio eo, in cuius fauorem intelliguntur vinculata. Secundò, quando in transactione consentiunt illi omnes, in quorum fauorem prohibita est alienatio, & transactio accedentibus debitis solemnitatibus per textum *in l. quoties ab omnibus, C. de fideicom.*, quia tunc non fit præiudicium, & cessat item ratio prohibitionis. Aduertit tamen *Molina Theologus dict. disp.557. vers. quartus casus*, cum altero Molina, quod in transactione bonorum maioratus fere sit impossibile, quod omnes vocati simul consentiant, cum successiuè sint vocati non solum præsentes, sed etiam futuri.

14 Item interueniēte auctoritate Regia.

Tertiò, quando in transactione bonorum maioratus, & feudi intercesserit facultas Regia, vel eius, cuius auctoritate institutus est maioratus *Moneta de commut. vlt vol.c.9. concl.1.nu.538., Ioannes Baptista Costa cons.3 nu.12., Molina de iustit., & iur. tom.3.disp 597.num 2., Iacobus Baretta cons. 134. num.34., Gratianus discept.for. discept. 476 num.13., Peregr. de fideicomm. art.52. nu.88., & seqq., Cabedo decis.2. num.3., & decis.77. num.8., & seqq. part.2.* Ratio est, quia ille, qui vinculum iniecit, potest sua auctoritate illud dissoluere. Disputant hic Doctores, an requiratur absolutè talis facultas Regia antecedenter ad transactionem, an verò sufficiat, quod sequatur ex certa scientia, per quam confirmetur transactio iam inita.

15 Sufficit, si hæc auctoritas subsequatur.

Sed omissis eorum contentionibus absolutè sentio, sufficere etiam, quod subsequatur, dummodò tamen sit in valida forma, & virtualitèr ponatur nouus consensus, quatenus scilicet perseueret primus eum tali Principis facultate *argum. textus in c.1. de transactione l. legata inutilitèr 18. ff. de leg.1. l. adoptio non iure facta, ff. de adopt., Castillo lib.5. controu.c.89 n 206., Rosent. de feudis cap.6. concl. 78.* Ad hanc tamen facultatem Regiam requiritur, quod interueniat causa legitima vtilitatis, vel publicæ, vel priuatæ eiusdem feudi, vel maioratus, cæteroqui supponeretur obreptitia, vel subreptitia, sicque ad nihil conferret, de qua re vide latè *Valleronum de transactione tit.4. qu.2.à nu.17. vsque ad 31.*

Requiritur, vt fiat cum causa.

Quartò, quando res, de qua transigitur, remanet penès possessorem maioratus, vel feudi collata aduersario aliqua pecunia ad conciliandam controuersiam *Bartolus in l. nulli, ff. de transactione, Panormitanus in c. cum contingit eodem tit. num.3., Gratianus disceptat. for. discept.476.num.12., Moneta de commut. vlt. vol. d.c.9.nu.439., Valenzuela cons.175. n.16.* Colligunt communiter DD. ex textu *in l. si pro fundo, C. de transactione*, & ratio ex eo desumitur, quia per talem transactionem nullum ius fideicommissarij, Domini directi, vel successorum in maioratu læditur, & licet superius dixerimus, quod inualida sit transactio facta per minorem sine auctoritate tutoris, seu curatoris, quantumuis res controuersa remaneat penes eundem minorem collata aduersario certa pecuniæ quantitate, hoc non facit paritatem ad casum præsentem, quandoquidem iura in casu transactionis minoris respexerunt præcisè ad eius indemnitatem, & ad vitanda damna, quæ præsumuntur posse obuenire ex immatura consideratione, quæ æquè esse possunt ex diminutione patrimonij ob solutionem pecuniæ, ac ex translatione rei controuersæ recepta certæ pecuniæ quantitate; in transactione autem bonorum fideicommissorum, feudalium, & hæreditatis respexerunt præcisè ad indemnitatem, vel domini directi, vel successorum, quorum bona in ea hypothesi per illam transactionem remanent intacta, & illæsa, &, si quod damnum consequitur, consequitur eidem transigenti in suis bonis patrimonialibus, ad quod iura non respexerunt.

Controuersia excitata à Gregorio Lopez.

Excitat hic controuersiam circà transactionem super bona maioratus factam per possessorem eorundem retentis apud se bonis, & soluta aduersario certa pecuniæ quantitate *Gregorius Lopez in l. 10. tit.16. part.4. verb. vendendo col.5.*, an scilicet in eo casu, si possessor, qui sic transegit soluta aduersario pecunia, decesserit, ipsius hæres possit à nouo successore in bonis eisdem maioratus pecuniam à suo principali solutam in transactione petere. Sentiendum arbitror,

16 Nō potest hæres petere restitutionem pecuniæ solutæ.

quod, quantumuis transactio cederet in vtilitatem bonorum maioratus, non possit tamen hæres eius, qui transegit, petere restitutionem pecuniæ solutæ per suum auctorem, *Molina de Hispan. primog. cap.9. num.25., Valleronus de transactione tit.4.qu.2.nu.34.*; Nec obesse potest, quod

quod cum illa pecunia per transigentem soluta fuerit in vtilitatem maximam rerum maioratus, & per consequens cesserit in commodum eiusdem successoris, cum vitet maximas expensas, quæ eidem impendi possent etiam cum incerto litis euentu, videatur tribuere ius negotiorum gestorum non solum eidem transigenti, sed etiam ipsius hæredi *Molina de hispan. primog. lib. 1. cap. 27. in fine*, *Caßanate cons. 28.*; Non, inquam, obesse potest, quia licet hæc secundum se habere videantur aliquam vim, attenuantur tamen, quotiescunque coniunguntur cum aliqua ratione superiori, quæ ex dispositione iuris præualere debeat, quamque absolutè iura attendant, quod præcipuè euenit in præsenti hypothesi, in qua iura in successoribus, & hæredibus eorundem in infinitum successiuè protraherentur, nam, si hæres possessoris defuncti posset petere à successore in possessione pecuniam per suum principalem solutam, hæres istius successoris eodem defuncto posset petere à nouo successore, & sic in infinitum, cui infinitati iura semper obuiare intenderunt per textū *in l. qui bona, § fin. ff. de dam. infect. l. fideicommißa 11. §. si quis decem, ff. de legat. 3. l. si mora 9. ff. solut. matrim. l. vnica, C. de sent., quæ pro eo, quod interest cap. cum in multis de rescriptis in 6.*

Hoc disponitur ad euitādum infinitam successionum.

Pro complemento eorum, quæ hic dicuntur de limitationibus regulæ positæ in assertione, sciendum etiam est, transactiones, quæ super eiusmodi rebus contingent fieri, posse esse validas, si sint necessariæ, vel quia scilicet à iure præscriptæ sunt, vel cogente sententia Iudicis *Molina de primog. Hispan. d. c. 9. num. 29., & 30., & alij apud Valleronum de transact. tit. 4. qu. 2. nu. 35.* Regulare etenim est in omnibus rebus à iure alienari prohibitis, quod voluntariè nequeant alienari, benè tamen necessariò, quia iura obsistunt quidem priuatis contrahentium conuentionibus, non autem iuridicis coactionibus, vt de alienatione bonorum Ecclesiasticorum dicemus sub suo titulo peculiari.

17 Pater ex iusta causa potest super bona filij transigere, & quænam.

Assertio III. Pater habens sub sua potestate filium minorem potest super bona ipsius profectitia transigere, & item super bona aduentitia eiusdem, si transactio fuerit ex iusta, & probabili causa, & bona fide inita, secus, si ex causa improbabili, iniusta, & mala fide. Ità quoad primam partem *Antonius Faber in iurisprudent. tit. 11. princip. 6. illat. 14.*, *Gratian. tom. 4. discept. 663.*, *Castillo lib 4. controu. c. 5. n. 21.*, *Valleronus de transact. tit. 4 q. 3. n. 8., & seqq.* Quoad secundam *Cephalus cons. 24. num. 22. vol. 1.*, *Gamma decis. 374.*, *Sesse tom. 2. decis. 121. num. 11.*, *Paschalis de viribus patriæ potestatis prima part. c. 2. nu. 3., & 4.*, *de Franchis decis. 661. n. 1.*, *Trentacinque lib. 2. var. tit. de procurat. resol. 1. num. 6. vers. circa primum*, *Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 4. num. 4.*

Quoad primam partem vix videtur assertio habere difficultatem, quandoquidem bona profectitia, ex quo ex paterna substantia proficiscuntur, magis sunt bona patris, quam filij, & pater in eisdem non solum habet administrationem, sed etiam vsumfructum, & proprietatem, qui propterea in ijs potest facere deteriorem conditionem filiorum per textum *in l. 4. §. fin. ff. de dol. mali, & met. except.*

Pater habet absolutū ius.

Quoad secundam partem ex eo euincitur, primò quia non solum pater legitimus administrator bonorum filij aduentitiorum, sed etiam vsufructuarius habens maiorem potestatem, ac habeant cæteri simplices administratores, in eisque plurimum fidunt iura, tum propter naturalem affectionem erga filios, tum propter commoditatem vsusfructus, quo gaudent, ergo non est præsumendum, quod iura eidem voluerint prohibere transactiones ex iusta, & probabili causa, & bona fide ineundas, quandoquidem in ijs cessat quæcunque præsumptio damni, & doli &c., & licet generalitèr dicatur patri interdicta alienatio bonorum aduentitiorum filij per textum *in l. 1., & 2. C. de bon. matern.*, *Valascus consult. 69. num. 4.*, *Caldas de empt., & vendit. c. 23. num. 3., & seqq.*, *Surdus de aliment. tit. 8. priuil. 37. num. 1.*, hæc tamen intelligenda sunt de spontanea alienatione sine iusta, & probabili causa; cæterum alio in iure alienatio, quæ procedit ex iusta, legitima, & probabili causa, & cum bona fide, eidem permittitur *in l. fin. §. sin autem, & §. ipsum, C. de bon., quæ lib.*, *Antonius Faber ad tit. C. de bon., quæ lib. def. 3.*, *Merlinus de pign. lib 3. qu. 17. n. 16.*, *Olea de cess. iur. qu. 6. num. 28.*, nec hoc gratis, & ex arbitrio propriæ voluntatis dici existimandum est, quandoquidem *in d. l. fin. §. sin autem*, conceditur eidem patri plenissima administratio, & gubernatio ex fide agendi, nec tamen subijcitur oneri ratiocinia reddendi; Ex quibus ex aduerso constat, quod, cum in hypothesi, qua sine probabili causa, sed cum iniusta administret, teneatur ratiocinia reddere, vt docet *Gutierez de tutel. part. 3. cap. 1. num. 25.*, *Scobar de ratiocin. c. 6. nu. 5.*, non teneat alienatio, & transactio cum alienatione, conformitèr ad quod etiam statuitur, quod, si pater transegerit cum alienatione sine probabili, quinimmò cum iniusta causa possit filius aduersus pos-

Pater est administrator, & vsusfructuarius.

Patri cōpetit gubernatio ex fide agendi.

possessores res illas transactas vindicare *l. 1. C. de bon. matern. l. fin. §. ipsum autem filium, C. de bon., quæ lib., Merlin. de legit. lib. 4. tit. 2. qu. 7. num. 19., Antonius Gomez lib. 2. var. c. 14 nu. 13.*, ex quo directè sequitur, quod non valeat transactio, cæteroqui non concederetur rei vendicatio, & hinc probatum remanet secundum membrum huius secundæ partis. Rursus primum membrum huius secundæ partis ex eo euincitur, quod, si pater habens administrationem, & vsumfructum in bonis aduentitijs filij transigat super eadem interueniente consensu eiusdem filij, validè transigit nemine contradicente, ergo etiam si transigat super eadem bona ex iusta, & legitima, & probabili causa, & ex fide agendi iuxtà textum *in l. creditor, §. Lucius, ff. mandati*. Consequentia tenet, quia, quando est iusta, probabilis, & legitima causa præsumitur voluntas, si non expressa, & formalis, saltem rationabilitèr præsumpta eiusdem filij, quæ in eo casu sufficiens est ad validè transigẽdum.

Præsumitur volũtas interpretatiua filij.

Pro complemento eorum, quæ dicuntur in hac assertione, duplex difficultas remanet examinanda. Prima est, an in suppositione, qua pater sine iusta, legitima, & probabili causa transegerit supra bona aduentitia filij, quinimmò ex mala fide, teneatur prius filius experiri aduersus bona patris, seu excutere bona eiusdem patris, antequam agat rei vendicatione aduersus possessores rerum transactarum, an verò possit immediatè res easdem de manibus eorundem possessorum vindicare. Secunda est, an inter patrem, & filium possit interuenire valida, & efficax transactio.

Duplex difficultas excitata.

In ordine ad primam recolenda sunt ea, quæ diximus *in hoc 4. tomo sub tit. Contractus XI. de pignore, & hypotheca prænot. 4. num. 9.*, nempè induci tacitam hypothecam in bonis patris pro mala administratione bonorum filij per textum *in l. cum oportet, §. fin. C. de bon. quæ lib. §. 1. instit. per quas pers. nob. acquir.* Absolutè crederem, posse immediatè, vti rei vendicatione, nec prius cogi ad experiendum aduersus patrem ratione hypothecæ. Rationem ex eo in primis deduco, quod filius in ea hypothesi adhuc retinet dominium rei transactæ, cum alienatio sic facta per patrem ipso iure sit nulla per allegatas rationes, & iura, &, si ei competit rei vendicatio, vt in præcedenti numero asseruimus, per consequens adhuc competit dominium, cum sine dominio non possit esse vindicatio, sed in ordine ad rem suam recuperandam, ad quam retinet dominium, potest vnusquisque immediatè agere, cum res illa semper clamet pro domino, & iure quodam innato in ipsum

18 In alternatiuis remediorum electio est penès creditorem.

feratur, ergo &c. Deindè in alternatiuis remediorum electio semper est penès creditorem *l. cum proponas, ff. de transact. l. 3. C. depositi l. 5. quod in hæredem, §. eligere, ff. de tribut. act. l. 3. vers. est generalitèr, ff. de eo, quod cert. loco.*

In ordine ad secundam dicendum est, inter patrem, & filium in ijs, in quibus considerantur formalitèr, vt tales, non posse esse transactionem, benè tamen in ijs, in quibus considerantur, vt duo Reipublicæ ciues. Ratio ex ijs deducitur, quæ docuimus in quæstionibus *de iust., & iur.*, quia ad contractus pertinentes ad iustitiam commutatiuam semper requiritur perfecta alteritas, quæ non est in ijs, in quibus considerantur, vt pater, & filius, cum in ijs non solum communicent in sanguine, sed etiam in rebus ipsis, benè tamen in ijs, in quibus ratio paternitatis, & filiationis non considerantur, cum sub illo respectu non communicent. Ex quibus deduces primò, quod possint secundum ius commune contrahere in bonis castrensibus, & quasi castrensibus, quandoquidem eorum plena est dispositio in filio, non in patre, qui in ijs nil iuris habet *l. ex nota ff. de castrens. peculio l. errat, C. eodem tit. l. cum oportet in fin. princip. C. de bonis, quæ lib.* Dixi, *secundum ius commune*, quandoquidem pluribus in locis per statuta municipalia vetiti sunt contractus etiam in ijs bonis, quæ libera sunt filijs propter præsumptionem læsionis ex nimia affectione in eisdem filiis. Deduces secundò, posse esse huiusmodi contractus, cum filius à patris potestate est liberatus, & liberam rerum suarum habet administrationem, quia tunc extranei loco habentur, *§. 3. instit. de hæred. qualit., & d. l. qui etiam 55. §. 1. ff. de ritu nupt., Vulpianus in l. 10. ff. de transact.*

19 Pater, & filius, vt tales inter se non transigũt.

Possunt trãsigere in bonis castrensibus, & quasi.

Assertio IV. Oppidum, seu vniuersitas regularitèr loquendo non potest super bonis, & iuribus suis immobilibus transigere, si ex tali transactione sequatur alienatio sine Principis facultate, hocque siue fiat inter oppidum, seu vniuersitatem & priuatum, siue inter oppidum, & oppidum, siue inter vniuersitatem, & vniuersitatem. *Rodriquez de ann. reddit. lib. 5. qu. 14. nu. 67., Auendano de censib. c. 68. num. 3., Sfortia de fideicomm. quæst. 1. art. 4. num. 24., Mantica de tacit., & ambig. lib. 4. tit. 8. n. 3., Castillo de vsufruct. c. 54. nu. 28., Salgad. in labyrint. creditorum part. 1. c. 1., §. 24. num. 20., Amaia in l. 2. C. de prædijs decur. num. 2., & 3.* Varia bonorum genera communitatum, seu oppidorum latè distinguit *Valleronus de transact. tit. 4. quæst. 3. à num. 1. vsque ad 19.*, quem tu consule.

20 Communitates quoad immobilia non transigũt sine Principis auctoritate.

Ratio in vniuersum esse potest, quia communitates, oppida, & vniuersitates quoad suos contractus reputantur pro pupillis, sicuti etiam dicitur de Ecclesijs per ea, quæ latè alibi probauimus, ergo, sicuti pupilli, & minores nequeunt transigere sine tutorum, seu curatorum auctoritate, & quoad immobilia, quando sequitur alienatio, sine Iudicis, seu Principis decreto, ità nec validè poterunt communitates, seu oppida sine eiusdem Principis facultate per transactionem alienare. Confirmatur, quia, vel huiusmodi bona, super quæ controuertitur, an possit esse per communitatem transactio, talia sunt, vt vsus solummodò, & commoditas pertineat ad populum talis oppidi, seu vniuersitatis, vel talia, vt tam quoad dominium, & proprietatem, quam quoad commodum, & vsumfructum ad ipsum pertineat. Si loquamur de bonis primi generis communiter docent DD. eadem quoad proprietatem pertinere ad Principem *Oterus de Pascuis c. 9. num. 19., & c. 30. n. 2., Larrea alleg. 109. num. 7., Baldus in rubr. C. de contrah. empt., Alexander cons. 43. n. 1. vol. 4.*, sed regularitèr in ijs, quæ quoad proprietatem ad alium pertinent, possessor, seu vsufructuarius non potest per alienationem transigere sine consensu eius, ad quem pertinent proprietas, vt docet *Larrea loc. cit.*, & videre in emphytheuta, in possessoribus maioratus, qui tamen propriè Domini sunt, ergo &c. Si verò loquamur de bonis secundi generis, etiam certum est, quod, quamuis habeant communitates per suos ministros eorundem administrationem quoad vsus, & etiam dominium, non habeant tamen plenam administrationem, seu liberam dispositionem quoad alienationes, cum hæc sit eisdem ex dispositione iuris interdicta, ne facilè eisdem præiudicium inferatur, quod ea ratione inductum existimo, quia, cum regularitèr ea, quæ communiter possidentur, communitèr negligantur, voluerunt iura prouidere indemnitati iurium communitatum, seu oppidorum, requirendo in eorum alienatione, tanquam certum iuris subsidium, & solemnitatem congruam Principis facultatem; vt videre est in similibus terminis in alienatione bonorum Ecclesiasticorum, quæ, quamuis pleno iure pertineat ad Ecclesiam quoad dominium, & vsumfructum, alienari tamen nequeunt sine iuris solemnitate, & irrequisito Summi Pontificis assensu.

Communitates reputantur pro pupillis.

Duplex genus bonorum communitatis.

Nõ habet plenam administrationẽ.

Dixi, *regularitèr loquendo*, non enim negauerim, quandoque posse super huiusmodi bona fieri transactiones, vt si v. gr. huiusmodi fuerint necessariæ, vel sic disponente statuto, vel Iudice adhoc ex iusta causa compellente; intelliguntur etenim solummodò vetitæ transactiones voluntariæ, non autem necessariæ, vt in similibus terminis suprà docuimus. Non negauerim item, quod, si transactio fieret inter duo oppida eidem Principi subiecta, ità, vt bona de vno in aliud transirent, teneret transactio, etiam sine Principis facultate *Gregorius in l. 24. tit. 4. part. 3. vers. & idem esset Oterus de pascuis c. 21. num. 38.*, cuius ratio ea esse potest, quia per talem transactionem nullum Principi infertur præiudicium, quando quidem dominium æque retinet siue fundus perseueret penès vnum oppidum, siue apud alterum sibimet ipsi subiectum. Accedit, quod fortiùs ius obsistit alienationi bonorum Ecclesiasticorum, ac alienationi rerum communitatum, & vniuersitatum, sed bona Ecclesiastica etiam irrequisito Pontificis consensu alienari possunt de vna Ecclesia in aliam *Treu sanus decis. 56. part. 2., Riccius in praxi rer. for. Ecclesiastici decis. 38., & 74., & p. part. praxis aurea resol. 35., & 71., Diana part. 4. tract. 4. resol. 233.*, & latè *Ioannes Angelus Bossius de alienat. bon. Eccles. tit. 18. §. 1. à num. 2. ad fin.* quem omninò tu consule, ergo &c.

Intelliguntur vetitæ solum transactiones voluntariæ.

Teneret transactio inter duo oppida eiusdè Principis.

Dixi, *si ex tali transactione sequatur alienatio*, quia, si transactio fieret inter vniuersitatem, & priuatum, ità tamen, vt res controuersa remaneret penes eandem vniuersitatem tradita dumtaxat pecunia aduersario ad sedandas lites, & controuersias conciliandas, tunc non incongruè assererem, tenere huiusmodi transactiones, etiam irrequisita Principis facultate *Oterus de Pascuis cap. 21. num. 38., Villerouus de transact. tit. 4. qu. 3. num. 26.*, quod ex superius dictis late comprobatur, quia tunc non sequitur alienatio, sed potius firmatur possessio. Vlteriùs dico, quod, si transactio contingat non super dominio, seu proprietate, sed tantum super vsu, & commoditate huiusmodi bonorum oppidi, seu vniuersitatis, quatenus huiusmodi vsus, seu commoditas communicetur, tunc etiam inspecta æquitate, & communi praxi teneat transactio *Gregorius Lopez in l. 24. tit. 24. part. 3., Socin. cons. 127. vol. 1., Ripa respons. 99. n. 1., Oterus de pascuis c. 21. num. 38.* Ratio est, quia per hoc Principi non infertur præiudicium, quinimmò, nec ceditur vsusfructus, qui cessibilis non est, sed tantum commoditas, & vtilitas illius, nec in rigore noua constituitur seruitus, sed tantum communicatur commoditas; sed meliùs fundatur hoc assertum in communi praxi ex tolerantia Principum confirmata.

Si non sequatur alienatio à cõmunitate.

Asser-

Procurator sine speciali mandato non transigit.

Assertio V. Regularitèr loquendo Procurator, siue fuerit generalis ad omnes lites, omniaque negotia, siue specialis ad aliquas lites, vel certa negotia sine speciali mandato ad alienandum non potest transigere, *Vusembech. in tit. de Procurat. num. 8., Speculator tit. de Procurat. §. ratione igitur vers. Quintus, Alexander cons. 129. vol. 1., Morla in Emporio tit. de transact. in prælud. nu. 8., Padilla in l. præses nu. 11. C. de transact., Coaruuias lib. 1. var. c. 6. n. 3., Antonius Faber ad tit. C. mandati def. 4., Trentacinque lib. 2. var. tit. de Procurat. resol. 1. n. 6.*

Et quidem in ordine ad transactionem, si fuerit procurator specialis, habetur *in l. transactionis 7. C. de transact. l. non abstulit 4. C. de nouat., & l. sed, si tantum 13. ff. de pactis*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem mandatum ad agendum, vel defendendum non est ad transigendum, vel alienandum, nec mandatum procuræ simplicitèr conceptum, & sine expressione intelligitur ad alienationes, vt est in confesso apud omnes per textum *in l. Procurator, ff. de Procurat.* sicque procurator transigens excederet limites mandati; in ordine verò ad transactionem, si fuerit procurator generalis habetur *in l. mandato 60. ff. de procuratoribus, & in l. procurator 63., C. de transact.*, vbi sic legitur. *Procurator actorum bonorum, cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles, neque immobiles, neque seruos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res, quæ facili corrumpi possunt.* Hoc idem habetur *in cap. ad agendum de procurat. in 6., & l. ius iurandum, §. fin. cum seqq. ff. de iure iurand.*, & innititur ijsdem rationibus, quibus superior pars de procuratore speciali; si enim speciale mandatum ad agendum, defendendum, & administrandum in ordine ad res speciales, vel determinatas causas, vel certa negotia non confert ius ad transigendum vel alienandum in ordine ad certas res, vel determinata negotia, nec generale mandatum vim conferre posse videtur ad alienandum, vel transigendum in ordine ad aliquas res, vel determinata negotia, quæ in vniuersitate bonorum sibi mandata comprehenduntur; quinimmò vbi speciale mandatum requiritur, generale non sufficit *Paz. in praxi tom. 1. inst. annot. 4. num. 15., Fragosus de regim. Reipub. part. 1. lib. 5. disp. 12. §. 8. nu. 258., Parexa de edit. instrum. tit. 5. resol. 10. n. 65.*

Mandatũ ad agendũ nõ est ad alienãdum.

Dixi, *regularitèr loquendo*, propter nonnullos asserentes, quod, si fuerit procurator generalis adiecta clausula *cum libera*, possit absolute nedum transigere, sed etiam alienare, quia mandatum generale cum illa clausula assumit vires specialis mandati, & ad ea omnia sufficit, ad quæ requiritur speciale mandatum ad alienandum, seu transigendum *Gratianus discept. for. discept. 196. nu. 12., Borellus in summa decis. tit. 66 nu. 241., Tiraquel. de retract. tit. 1. §. 1. glos. 13. nu. 32., Bellatomba tom. 1. comm. opin. lib. 2. tit. de procur. nu. 54. pag. 319., Nicolaus Garzias de benef. part. 5. c. 8. n. 72., Cald. Pereira de empt. c. 15. n. 2., Moneta de opt. can. q. 4. n. 56., Farinac. part. 4. decis. 52. nu. 2.* per textum *in l. procurator cum libera, & l. mandato vbi glos., & Bartolus, ff. de procurat.* Sed non libentèr, & sine exceptione annuerem huic limitationi, quam communem asserunt nonnulli ex præcitatis DD., non solum propter eam rationem, qua *Matienz. ad l. 7. glos. 14. n. 6. tit. 11. lib. 5. nouæ recop.* asserit huiusmodi clausulam in mandato procuræ poni potiùs ex consuetudine, & stilo Notariorum, quam ex partium voluntate, & consensu, sed etiam, quia, vt asserit *Ciriac. contr. 278. nu. 60., & cum eo Golinus de procurat. 2. part. c. 5. nu. 58.* in ijs negotijs, quæ possunt Domino maximum detrimentum afferre, requiritur indiuiduum, & specialissimum mandatum; quamobrem *Augustinus Barbosa de clauf. vsufreq. clauf. 35. nu. 26.* per textum *in l. procurator cui generalitèr, vbi etiam Glosa in verb. procurator, ff. de procurat.*, docet procuratorem, etiam cum libera non posse transigere, vel pacisci; neque obesse potest, si afferatur, quod illa clausula *cum libera*, debeat esse operatoria, & maiorem vim tribuere, quam tribuat simplex mandatum generale; hæc autem maior vis ad aliud esse non potest, nisi ad transigendum, & alienandum; non, inquam, obesse potest, quandoquidem plerique DD. magni nominis, & approbatæ doctrinæ asserunt mandatum generale procuræ, & mandatum *cum libera* non differre, sicuti non differt hæres generalitèr, & simplicitèr institutus, & hæres institutus ex asse *Donellus lib. 18 comm. cap. 12., Larrea tom. 1. decis. 19. num. 8., Ioseph Velas in c fin. de procurat. lib. 6. secunda part. n. 22.* Sed quidquid sit de hoc, adhuc aliquid operaretur illa clausula *cum libera*, non solum, quia clarius exponit mandatum generale, sed etiam, quia facultatem tribuit in ijs, quæ dubia sunt, & supponuntur esse iuxta mentem, & voluntatem mandantis. Quamobrem ex ijs, quæ dicta sunt hoc vltimo loco insistendo in rigore iuris sentiendum est ex mandato generali, etiam adiecta clausula *cum libera* procuratorem non posse transigere, si ex transactione potissimum sequatur alienatio; sistendo verò in interpretatiua

21 Negantes cõsultius procedũt

Procurator generalitèr, & procurator cum libera, æquiualent.

Facultatẽ tribuit in ijs, quæ dubia sũt

principalis domini voluntate tenere transactionem, si fuerit vtilis eidem domino principali, seu facta ex vtili, & probabili causa, & bona fide, secus, si ex causa iniusta, & mala fide, atque iuxtà hunc sensum procedere existimo textum *in l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. oblig.*, sicque sentire videntur *Coaruuias in rubr. de Testament. 2. p. n. 14., Quasada lib. 1. diuers. qu. c. 31. num. 16., Gutierez de iur. confirm. prima part. cap. 50. num. 10., Augustinus Barbosa de claus. vsufreq. claus. 35. nu. 10. in fin., Cencius de Censibus part. 2. c. 2. qu. 3. art. 1. num. 10.*

23 Quinam sit procurator in rem propriam.

Vlteriùs limitanda videtur assertio in hypothesi, qua ille, qui transigeret, esset procurator in rem propriam, tunc etenim propriè teneret transactio. Pro cuius limitationis notitia sciendum est, quod ille dicatur procurator in rem propriam, qui commodum mandatæ actionis sibi ipsi applicat, & in proprium beneficium negotium administrat per textum *in l. procurator in rem suam, & l. sed si tantum, §. sed si in rem suam, ff. de procurat.*, nec incongruè dicitur procurator ex eo, quod in beneficium proprium negotium gerat, non, inquam, incongruè, quia talis dicitur, quia ex mandato alieno actiones exercet, & nomine mandantis exercitium habet directarum, quæ ab eo inseparabiles sunt *l. quis ergo in fin. ff. de pecul., Olea de ces. iur. q. 2. nu. 39., & tit. 3. qu. 1. n. 5.* Ratio autem limitationis ea esse potest, quia procurator sic conceptus habetur loco veri domini, & sibi infert commodum, vel incommodum mandatæ sibi actionis per textum *in l. sed si in tantum 13. §. 1. ff. de pactis, & l. sicut, § si procurator, ff. quibus mod. pign., vel hypoth. sol.*

24 Forma cõtractus est consensus.

Assertio VI. Forma substantialis huius contractus secundum se sumpta consistit præcisè in libero consensu præstito per ipsos transigentes. Dixi, *secundum se sumpta*, nam quandoque in ordine ad diuersas personas, quandoque in ordine ad adiuncta requiruntur pro forma aliæ solemnitates à iure requisitæ, vel pertinentes ad ipsam naturam adiunctorum. Sic in primis in ordine ad pupillos, & minores pro transactione, quæ fit cum alienatione, requiritur auctoritas tutoris, & curatoris, quinimmò etiam decretum Iudicis, si bona, super quibus fit transactio, fuerint immobilia *Narbona ann. iur. anno 25. qu. 12. nu. 2., Posthius decis. Rotæ 105. num. 20. in tract. de subhast., Trentacinque lib. 2. var. resol. tit. de iudicijs resol. 6. num. 2., Ioannes Baptista Thoro tom. 3. compend. decis. part. 3. vers. transactio facta inter tutorem.* Secundo in ordine ad Prælatos Ecclesiasticos, & Regulares requiruntur, tanquam forma solemnitates à iure præscriptę ad alienationem bonorum Ecclesiasticorum in extrauag. Pauli II. Ambitiosæ, & in decretis Sacræ Congregationis iussu Vrbani VIII. editis, *cap. non liceat de reb. Eccl. non alienand. c. sine except. 12. qu. 2., Bartolus, & Iason in l. nulli, ff. de transact., Federicus de Sen. cons. 94., Riminald. cons. 129. nu. 3. lib. 5. Theodos. de Rubeis in compend. alien. rer. Eccl. nu. 36., Surd. cons. 501. nu. 9. lib. 4.* Tertiò in ordine ad bona immobilia communitatum, seu oppidorum consensus, & facultas Principis per ea, quæ superiùs dicta sunt, & alia huiusmodi. In ordine verò ad adiuncta, si in transactione contingat alienatio requiruntur omnes illæ solemnitates pro forma, quæ requiruntur ad eandem alienationem *l. non solum, C. de præd. minor., Iason in l. nulli, ff. de transact., Merlinus decis. Rotæ 490. n. 8., Menchaca de success. creat. lib. 3. §. 26. num. 51., Viuianus de iurepatron. lib. 2. c. 5. n. 153., Rota apud Postium de manutent. decis. 518. nu. 3., Antonius Faber ad tit. C. de præd. min., & tit. C. de reb. alien. non alien. def. 2.*, si verò in transactione contingat simplex stipulatio, requiritur certa verborum forma *Paulus de Castro lib. 2. tit. 3. super 2. digestorum, & Vusembech. lib. 41. digestorum tit. 1. per totum* hocque habetur *in l. 5. §. stipulatio, ff. de verb. obligat. l. stipulor, §. vlt. ff. de stipulat.*, nec contrahi potest, nisi vtroque loquente *Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 4. num. 71.*, si verò contingat Aquiliana stipulatio requiruntur solemnitates, nouationes, & transactiones, de quibus supra *l. transact. ff. de transact. l. Aquiliana stipulatio 4., & l. cum Aquiliana stipulatio 5. C. de transact. §. est autem prodita Aquiliana stipulatio Instit. quib. mod. tollitur oblig.*, & sic de cæteris. Cæterùm, quod secundum se forma transactionis sit simplex vtriusque contrahentis habentis liberam dispositionem consensus habetur in pluribus iuribus *l. 3. & l. 4. ff. de transact. Vusembech. tit. de transact. nu. 6., Caccialupus eod. tit. qu. 12. n. 1., & 2., Hostiensis in summa n. 2., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 4. nu. 56.*

Respectu regularium assensus Pontificis

Enumerantur aliæ solẽnitates requisitæ

Res incerta, & ius dubiũ est materia huius cõtractus

Assertio VII. Regularitèr materia transactionis est quæcunque res incerta, seu ius dubium secundum se alienabile, vbi iura non obsistant, vel natura ipsa rei alitèr non exigat. In hanc assertionem propendere existimo, quotquot scripserint in materia transactionis, & colligitur ex pluribus, quæ superiùs diximus, vbi, quod res iudicata sine vllo remedio, siue ordinario, siue extraordinario non sit materia transactionis, vbi, quod res minorum, pupillorum, communitatum &c., non possint transigi, nisi posita certa forma, certisque solemnitatibus, vbi quod, nec res maioratus, nec bona fidei-

com.

commisso grauata, nec emphytheutica, nec feudalia possint per transactionem validè alienari, nisi suppositis præhabitis conditionibus, nec bona aduentitia filiorum per patrem, nisi &c. Hic solum remanent aliqua explicanda, quæ videntur comprehendi in exceptione posita in assertione per *ly vbi iura non obsistant, vel natura rei aliter non exigat*.

26 Sic iura obsistunt primò, ne res Ecclesiasticæ per transactionem alienentur, nisi seruatis certis iuris solemnitatibus *d. cap. non liceat de reb. Eccl. non alien. c. tua nuper de ijs, quæ fiunt à Prælatis, extrauag. ambitiosæ de reb. Eccl. non alien., Trident. sess. 22. de reformat. c. 11., Olea de cess. iur. tit. 2. qu. 1. n. 2., & seqq., Del Bene de immun. Eccl. tom. 2. c. 17.* Intellige tamen de bonis immobilibus, seu mobilibus pretiosis, quæ seruando seruari possunt, vt explicant communitèr DD. scribentes in hac materia, vt colligitur *ex d. extrauag. ambitiosæ*.

27 Potest transigi super iuribus nōdū quæsitis. Hic latè disputant DD., an Prælatus Ecclesiasticus, seu Regularis possit sine iuris solemnitatibus transigere super bonis nōdum quæsitis, seu quærendis, seu quod idem est, an bona relicta Ecclesiæ, nondum tamen quæsita, sed quærenda sint materia transactionis prohibitæ. Existimant nō esse materiam transactionis prohibitæ *Salgadus in labyrint. creditorum cap. 14., & 16., Olea de cess. iur. tit. 2. qu. 3., vbi innumeros allegant Doctores, & iura*. Affirmant verò esse materiam transactionis, *Alexander in l. legatum nu. 13. ff. de leg. 1., Redoanus de reb. Eccl. non alien. q. 2. cap. 12., Arias de Mesa lib. 2. var. c. 41. n. 11., Molina de iust., & iure tract. 2. disp. 468. num. 10., Lambertinus de iure patron. lib. 3. q. 9. art. 1. n. 31., Marta decis. 234.* Vtramque opinionem probabilem existimo, fauorabiliorem tamen Ecclesiæ hanc secundam asserentem esse materiam transactionis prohibitæ, de qua alibi ex professo.

28 Nō potest transigi super alimentis testamēto relictis. Secundò, iura obsistunt fieri transactiones super alimentis alicui testamento relictis, vel etiam donatione inter viuos per textum *in l. 8. cum hi, ff. de transactio, & ibi Baldus, & Bartolus*, quod non alia ratione inductum existimo, nisi, quia semper præsumuntur relicta personis miserabilibus, adeoque ob piam causam *Caccialupus qu. 9. n. 12., Filliutius tract. 29. c. 8. q. 5. nu. 134., Panormitanus c. 7. de transact., Oguate dict. tract. 26. disp. 92. sect. 10. n. 45.* Circa quod assertum duo sunt considerandà; primùm, quod licet regularitèr non possit fieri transactio super alimentis testamento relictis propter allegatam rationem, possit tamen fieri super alimentis præteritis, non tamen futuris, prout habetur *in l. de alimentis, C. de transact., & ibi Baldus, Alexander, & Vinianus, Gutierez de iur. confirm. 3. part. cap. 3. per totum*. Secundum, quod, si fiat decreto Iudicis cognita causa, & probata, per quam constet alimentarium fieri melioris conditionis *Azot. in summa de transact. num. 7., Panormitanus d. cap. 7. de transact., Hostiensis verb. transactio num. 4.*, quia tunc cessant omnes rationes prohibitionis quoad huiusmodi transactionem.

29 Non in causis beneficialibus. Tertiò, iura obsistunt, ne transactiones fiant in causis beneficialibus per textū in *c. constitutus 4., & c. de cætero, & c. super de transact.*, & hoc potissimum ob præsumptiones simoniacæ prauitatis, & alienationis rerum Ecclesiasticarum. Non negauerim tamen, posse fieri accedente Episcopi auctoritate, si fiat pro alia re spirituali, prout latè diximus *de permutationibus tom. 2. sub tit. Contractus VI. de permutatione*, ad quæ vos remitto.

30 Neq; super testamento, & ijs, quæ in eodem continentur, nisi inspecto toto testamento. Quartò, obsistunt iura, ne fiat transactio super testamento, & super ijs, quæ in eodem continentur, nisi toto testamento inspecto, cognitisque plenè ijs, quæ in eodem continentur per textum *in lege de ijs, & l. non est ferendus, ff. de transact., & l. 1. §. ratio, ff. quemadmod. cert. aperiat. l. vlt. iuncta glosa ibi in verb. lucrum, C. de reb. cred.* Verum tamen est, quod, si fuerit hæres, & hæreditatem adiuerit non sit præsumendus ea ignorare, quæ in testamento compræhenduntur, quandoquidem nemo præsumitur sine sufficienti scientia contentorum in testamento adire velle hæreditatem, & subijcere se oneribus, quibus ex bonis eiusdem hæreditatis non posset satisfacere. Hoc expresè habetur *in dict. l. non est ferendus ff. de transact.*, vbi textus sic loquitur. *Non est ferendus is, qui generalitèr in ijs, quæ testamento ei relicta sunt transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod priori parte testamenti, ac non etiam posteriori legatum est.* Verum tamen est, quod, si proferantur postea, quæ in codicillo posteriori fuerunt apposita, tunc quoad ea non teneat transactio, quia quoad ea non præsumitur scientia, sicuti præsumitur quoad ea, quæ continentur in testamento; Neque hæc aduersantur ijs, quæ diximus mox in hac eadem prohibitione transactionis eorum, quæ continentur in testamento, quandoquidem semper est præsumptio de eorundem cognitione; Non, inquam, aduersantur, quia textus *in d. l. non ferendus*, procedit tantùm in præsumptione, quæ facilè cessat, vbi probaretur expresè ignorantia contentorum in ipso.

31 Circà hanc prohibitionem solùm oritur difficultas, an, si ille, qui per transactionem

ctionem cessit iuribus sibi ex Testamento competentibus, cesserit simul omnibus iuribus, quæ disponunt, inualidam esse huiusmodi transactionem, sibi præiudicarit, adeovt non possit venire contra transactionē antecedentèr factam. Quidquid afferat *Glosa in d. l. de ijs, ff. de transact.*, volens per illam renuntiationem transigentem sibi præiuditium intulisse, eo quod inductum sit solummodò in fauorem transigentis, quod illa transactio sit inualida, qui propterea potest iuri in sui fauorem simplicitèr inducto cedere per textum *in l. qui in conscribendis, C. de pactis.*

Etiam si trāsigens iuribus suis renuntiauerit.

Quidquid, inquam, afferat, absolutè sentiendum est, non obstante tali iurium renuntiatione posse adhuc transigentem contra transactionem venire *Gutierez de iur. confirm. part. 3. c. 2. nu. 19., Aluarus Valascus cons. 39. num. 13, Molina tract. 2. disp. 557. vers. quamuis autem*; nec incongrua sanè ratione id decernunt, quandoquidem iura statuentia talem transactionis inualiditatem respiciunt commune bonū, ne detur locus fraudibus, & testatorem voluntates adimpleantur, & eodem modo res se habet, quo alienatio fundi dotalis non remanentibus alijs bonis, in quibus vxor pro sua dote possit satisfieri.

32 Neque super causa matrimoniali.

Quintò, obsistunt iura, ne super causa matrimoniali, quantum ad validitatem, seu inualiditatem eiusdem, seu quantum ad diuortium fiant transactiones; quod ea ratione inductum existimo, ne coniungati se inuicem colludant, & sine auctoritate Ecclesiæ sua se spontè, & arbitrio separent, *Azotus in summa hoc titulo n. 6. Hostiensis ibidem num. 4., Panormitanus cap. præterea extra de transact.*

33 Transigitur super crimina capitalia.

Pro complemento eorum, quæ pertinent ad causas transactionis, & præcipuè ad causam materialem, de qua agitur in hac vlt. assertione, controuertendum remanet, an super causas criminales possit validè, & efficacitèr fieri transactio. Qua in re sentiendum est, de criminibus capitalibus regularitèr transigi posse *Martinus del Rio in l. transigere num. 34. C. de transact., Morla in emptor. tit. de transact. in prælud. nu. 47., Parlador quotid. def. 51. §. 2. num. 2., Plaza de delictis l. 1. c. 39. n. 3., & seqq., Antonius Gomez tom. 3. var. c. 3. nu. 34., Iulius Clar. recept sent. §. fin. q. 58. num. 5., & seqq., Thesaurus decis. 137. n. 15. cum seqq., Petrus Barbosa in l. 2. in princip. num. 104. ff. sol. matrim., Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 8. num. 23., Ognate tract. 26. disp. 92. sect. 10. num. 36.* Expressè colligitur *ex l. transigere, C. de transact.*; Neque obesse potest, si afferatur, quod super iure publico nequeat pacisci per textum *in l. iuris gentium, §. si paciscar, ff. de pactis, & l. locatio, §. quod illicitè, ff. de publicanis, & vectigalibus*, punire autem delicta publici iuris est *l. ità vulneratus, ff. ad leg. Aquil.*; Non, inquam, obesse potest, quia ex eo, quod reus transigat cum actore, & accusatore, non propterea ius publicum læditur, quia potest de eodem crimine ab alio accusari, vel ex officio à Iudice puniri, prout notat *Iulius Clarus d. §. fin. q. 58. n. 4., Delrius in d. l. transigere nu. 58. C. de transact., Coaruuias lib. 2. var. c. 10. num. 5. vers. non idem, Farinacius de Inquisitione qu. 4. num. 31., Mastrillus lib. 6. de Magistrat. c. 9.*, nec inanis esset talis transactio, quandoquidem per illam se liberat ab accusatore, qui amplius agere non potest *l. fratris, & l. causas, C. de transact. l. post quam liti C. de pact.*, & valdè debilitat processum remittente parte; & quidem iure, & ratione congrua permittitur hæc transactio, quia vnicuique licet suum sanguinem redimere.

34 Nō super crimine adulterij.

Dixi, *regularitèr loquendo*, quandoquidem multi sunt casus, qui ex dispositione iuris excipiuntur. Primus est crimen adulterij, prout expressè habetur *in d. l. transigere, C. de transact.* - Ibi - *excepto adulterio*, quod idem habetur *in l. de crimine, C. ad leg. Iuliam de adulter.* Probant aliqui hanc exceptionem ex regula, quam infra trademus, quia scilicet delictum adulterij non erat antè conditam talem legem capitale, nec plectebatur pœna mortis, adeoque super illo transigi non posse videtur, quia solummodò super criminibus capitalibus transigere fas est. Sed hæc probatio nullius ferè ponderis est, quia in primis de præsenti fas esset super illo transigere, quandoquidem de præsenti capitale est, & pœna mortis plectitur. Deindè falsum omninò est, quod pœna mortis adulterium ante illa tempora non plecteretur, prout euincunt textus *in l. 4. §. Theodos., C. quorum appell. non recip. l. castitati, C. ad leg. Iul. de adulter.*

Adulterium pæna mortis plectebatur.

Quamobrem probabilius existimo, rationem, in qua fundantur iura prohibentia transactionem super adulterio, eam esse, quàm tradit *Baldus in d. l. transigere num. 16. C. de transactionibus*, quia scilicet talis transactio ex genere suo importat aliquam turpitudinem, & irrogat infamiam transigenti, quatenus scilicet maritus, qui solus potest accusare de tali delicto *Iulius Clarus dict. §. fin. qu. 58., Petrus Barbosa in l. 2. ff solut. matrim. in princip. num. 113.*, aliquid recipiendo a muliere videtur quodammodò confessum habere adulterium, illudque compertum pro pecunia, vel alio pretio æstimabile remittere; quod certè turpitudinem, & infamiam inuoluit; Neque dicas, quod maritus possit adulterium

Transactio super adulterio importat infamiā.

gratis

gratis remittere, & vxorem vltrò liberare *l. mariti, §. plectitur, ff. ad leg. Iul. de adult.*, ergo etiam poterit super illo transigere; contra enim impugnaberis, quia per illam gratuitam remissionem non tanta irrogatur infamia, nec turpitudo ingeritur, sicuti per transactionem onerosam, quandoquidem per hanc maritus honorem venalem facit, seque propriè lenonem facit tolerando adulterium propter pretium; quod non euenit, si gratis iniuriam remittat, & rancorē christiano animo deponat *Palacius Rubeus de donat. inter vir., & vxor. in rub. §. 34. num. 4.*

35 Item in crimine raptus, & stupri.

Secundus est crimen raptus, & stupri, & quidem de crimine raptus habetur expresse in *l. vnica, C. de raptu Virginis l. raptores, C. de Episc., & Cleri. §. item lex Iulia vers. sin autem instit. de publ. iudic.*, quod existimo inductum ex grauitate delicti, & propter eandem rationem, de qua supra, vndè sic transigentes etiam publicis pœnis puniebantur, de crimine verò stupri, quod tamen debet esse qualificatum, adeout pœna mortis sit punibile, probant latè ex paritate rationis *Antonius Gomez in l. 8. Tauri num. 41., Gaspar Thesaurus lib. 4. qu. 57., Mastrillus decis. 207. num. 30., Nauarr. decis. 33. num. 8.*, quos vos ipsi consulite, & per ipsos adducta.

36 Item in crimine læsæ Maiestatis.

Tertius est crimen læsæ maiestatis, siue diuinæ, siue humanæ, incestus, proditorij homicidij, assassinij, aliorumque huius generis enormium, prout allegatis iuribus, & DD. statuit *Valleronus de transact. tit. 3. qu. 3. num. 29., & seqq.*, quem etiam vos ipsi consulite.

37 Crimina non capitalia non admittūt transactionem.

Dixi, *de criminibus capitalibus*, nam quoad crimina non capitalia, quæ scilicet pœna mortis, vel sanguinis non puniuntur, transactio per dispositionem iuris permissa non est, prout habetur *in d. l. transigere, C. de transact., & ex l. siquidem in fine, C. de contrah., & commit. stipul.*, nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem non militat eadem ratio in ijs, quæ militat in capitalibus, & punibilibus pœna mortis, & sanguinis, quibus ex benignitate iuris ad redimendam propriam vitam, & sanguinem, quæ sunt suprà omne pretium remedium, trāsactionis indulgetur, & iura hoc extremum vitæ discrimen respexerunt, non alia pericula citra vitam; Neque dicas, quod quo grauiora sint crimina, sic exigente iustitiæ ordine, eo grauiores debeant esse pœnæ, & minora remedia, sicque, si remedium transactionis non conceditur in criminibus non capitalibus, à fortiori nec concedi debere videntur pro capitalibus, vt ab eorundem perpetratione homines arceantur, & sicuti, quia crimina adulterij, raptus, læsæ Maiestatis diuinæ, & humanæ sunt grauiora inter capitalia excipiuntur à communi regula validæ transactionis, ita, quia crimina capitalia sunt grauiora non capitalibus a tali regula excipienda, seu excludenda videntur; Contrà enim impugnaberis, quia, quantumuis iura maximè obsistant delictis, eaque euellere cōtendant, præcipuè cum sint grauiora, cum tamen in odiosis ex benigna interpretatione potissimum in dubijs, & nondum plenè probatis reis indulgeant, hinc est, quod præcipuè in ijs, quæ respiciunt iura sanguinis, & vitæ, si non plenè sint probata, permittant remedia, quibus eidem sanguini, & vitæ consulatur propter innatum ius, quod est in singulis ad eadem conseruanda inditum ab ipsa natura; aliqua tamen, vel propter enormitatem, quam ex ipsa transactione conferunt, vt videre est in adulterio, in quo proprius honor transigentis venalis redditur, quod idem dic in raptu, & stupro, vel propter maximum reipublicæ præiudicium, vt videre est in crimine læsæ Maiestatis, assassinijs, & similibus exceperunt à tali remedio transactionis, ex quorum grauitate non valet tamen inferri, quod vbi fuerit maior grauitas comparatiuè ad minorem fortius sit denegandum tale remedium, cum in odiosis, etiam ex maiori grauitate non possit fieri illatio, & extensio, quod multis confirmari potest exemplis, & præcipuè in reseruatione delictorum, quæ odiosa est, per quam; si fiat exceptio à beneficio absolutionis respectu criminis v. gr. sodomiæ, non tamen fit exceptio respectu bestialitatis, quantumuis hoc crimen ex genere suo sit deformius, nisi exprimatur.

Instant in proposita & soluta.

Permittunt remedia in grauioribus dubijs & quare.

Ad clariorem eorum, quæ dicta sunt de criminibus, siue capitalibus, in quibus regularitèr conceditur remedium transactionis, siue non capitalibus, in quibus tale remedium non conceditur, longa esset hic instituenda disputatio in inquirendis singularitèr omnibus criminibus capitalibus, prout contradistinguuntur à non capitalibus, sed, quia hæc pertinent ad aliud institutum, & in infinitum esset protrahere disceptationem, ideò ad DD. vos remitto.

A communi regula, qua dicitur, quod super crimina non capitalia non possit transigi, excipiuntur nonnulla particularia delicta, quæ mox profero. Primum est crimen accusationis falsi, prout docent *Goueanus lib. 1. var. c. 30., Goddeus de contrah. stipulatione cap. 6. num. 160., Alciatus lib. 5., Paradox. cap. 9., Fachinæus lib. 1. controuers. cap. 9.*, quod videtur euinci ex textu *in d. l. transigere, C. de transact.*, vbi habentur illa verba *Citrà falsi accusationē*, 38

38 Admittitur transactio in crimine accusationis falsi

quam

quam particulam, licet DD. conentur in diuersum sensum deflectere, quatenus importet, vt qui de crimine non capitali transegit, possit de falso accusari vigore Senatus Consulti Turpilliani, quod pœnam irrogat aduersus eos, qui, vel falsa crimina impingunt, aut falsas eorum excusationes admittunt, licet, inquam, in talem sensum deflectant, germana tamen & literalis eorum verborum significatio eo tendit, vt importet super crimine accusationis falsi posse transigi, quod etiam concordantibus iuribus euincitur *in l. si famina, ff. ad Senat. Consult. Turpillian. in l. 1. §. accusationem verb. atqui Papinian. l. quæsitum l. Lucius Titius ff. eodem*. Rationes huius exceptionis, taliumque allegatorum iurium plures affert *Martinus del Rio in d. l. transigere nu. 48. C. de transact.*, quæ tamen inefficaces sunt.

39 Etiam in crimine furti, & iniuriarū. Secundum est circa delicta furti, & iniuriarum, super quibus transigi potest, hocque de furto habetur *in l. 12. Tabularum*. Ibi. *de furto pacisci licitum est*, de iniuria, & damno dato. Ibi, *si membrum rapit meum à pacto talio esto*, quod idem de furto habet *Vulpian in l. iuris gentium §. paciscar, ff. de pact.*, de iniurijs *Paulus in l. si sibi decem, §. 1. ff. eod. l. 13. C. de furt. l. sed vnius, §. si ante, ff. de iniurijs*.

P R Æ N O T I O IV.

De obligationibus, actionibus, & exceptionibus, quæ consurgunt ex contractu transactionis.

S V M M A R I V M.

Transactio nudè accepta nullam secundum se parit actionem ciuilem, sed tantum exceptionem. 1.

Transactio firmata stipulatione conuentionali parit actionem ciuilem, & obligationem præscriptis verbis, & ex stipulatu. 2.

Transactio firmata stipulatione Aquiliana parit actionem, & obligatio ex proprio nomine consurgit. 3.

Transactio stipulatione pœnali firmata parit actiones, & obligationes ciuiles ex stipulatu per conuenta ad eandem, & ad pœnam. 4.

Imposita in transactione pœna dupli, vel quadrupli coniectandum est ex mente contrahentium, an vltrà pœnam comprehendatur principale, an verò excludatur. 5.

TRansactiones iuxtà prædicta contingunt multis modis fieri, scilicet, vel nudo pacto, vel per stipulationem simplicem, & conuentionalem, vel per stipulationem Aquilianam, vel per conuentionem pœnalem, vel per iuratam. Modo examinandum occurrit, vtrum, & quænam obligationes, actiones, & exceptiones oriantur ex eadem transactione quocunque ex his modis celebrata. Incipiendo igitur ab eadem primo modo sumpta sit

Assertio I. Transactio nudè accepta secundum se nullam parit obligationem ciuilem, nullamque actionem, sed dum taxat exceptionem. Ità quoad primam partem *Azotus hoc tit. n. 7., Caccialupus de transact. qu. 18. nu. 1., & seqq., Hostiensis in summa nu. 4., Panormitanus c. Antogen. n. 4. hoc tit., Filliutius tract. 39. c. 8. q. 6. n. 134., Glosa in l. apud acta 28., & ibi Salicetus, Alexander, & Baldus, ff. de transact., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 13. num. 4.* Quoad secundam *DD. omnes, qui supra, & vlterius Vusembech. hoc tit. n. 7., Iason in d. l. apud acta n. 1., & 12., & Paulus nu. 1., & 2. C. de transact.* Quoad tertiam *Glosa, Salicetus, Antonius de Butr. in l. si super, C. de transact.*, & est quoad omnes partes communis penes omnes DD., tam Theologos, quam iuris interpretes, & nos etiam docuimus *sub hoc eodem tit. Contractus XIII. præn. 2. assert. 1. in probat prima p. in fine*. 1 Parit tantum exceptioné.

Ratio primæ, & secundæ partis ex pluribus iuribus deducitur, & primo *ex l. iuris gentium 7. ff. de pactis*. Secundò *ex l. ex actione 4. C. eodem l. cum te transegisse, ff. eodem l. si maiores 25. l. cum proponas 16. l. apud acta, C. eodem*, nec incongrua sanè ratione per huiusmodi iura sic decernitur quandoquidem transactio nudè sumpta est contractus innominatas per ea, quæ supra diximus, cui propterea iura, nec assistunt, nec resistunt; Nec ex ijs destruitur ratio contractus, de cuius conceptu esse videtur, quod sit vltro citroq; obligatorius, qui propterea, si talis est, debet gignere obligationem ciuilem, si talis nō est, non erit propriè contractus; Non, inquam, ex eo destruitur, quia ad rationem contractus secundum totam suam latitudinem non est necesse, quod pariat actionem, seu obligationem ciuilem, sed sufficit, quod, vel eandem pariat, si sit nominatus, vel naturalem cum exceptione ciuili, si sit innominatus, nisi vestiatur, vel traditione, vel stipulatione, vel cohærentia alterius contractus, atque hoc est præcipuum discrimen inter contractus nominatos, & innominatos; Neque vlteriùs vrgeas, quod, si nullam actionem ciuilem, nullamq; talem obligationem pareret, esset omninò inutilis, nisi esset firmata stipulatione, vel cohærentia alterius contractus; contra enim impugnaberis, quia etiam si sumatur in puris naturalibus effectus validos plurimos, & efficaces parit ad permen-

Est contractus innominatus.

De ratione contractus non est, vt pariat actionem ciuilem.

Firmatur exceptione ciuili. mendas lites, & forenses controuersias, adeout ad easdem non detur regressus *l. actione 4. C. de transact., & l. cum te transegisse, C. eod.*, vbi sic habetur. *Frustrà desideras, vt à placitis recedatur, & in l. non minorem, C. eod.*, ibi. *Non minorem auctoritatem transactionum esse, quam rerum iudicatarum recta ratione placuit, siquidem nihil itàrationi congruit humanæ, quam ea, quæ placuerant, custodiri.* Sed quomodo possunt hæc subsistere, si nullam pariat actionem, nullamque obligationem ciuilem? dicam firmari potissimum exceptione ciuili, quæ ex eadem conceditur, vt ex sequenti innotescet probatione, vi istius non solum actio ipsius transigentis, sed omnia omninò iura perimuntur, siue sint personalia, siue realia, omnesque excipientis obligationes, siue reales, siue personales, prout habetur ex textu *in c. 1. extra de transact., & l. age cum Geminiano 3., & l. actore 4., & l. cum motu 6., & l. fratris 10. C. de transactionibus.*

Ratio tertiæ partis desumitur ex pluribus iuribus, & primò *ex l. iuris gentium §. sed cum nuda, ff. de pactis*, vbi sic legitur. *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* Secundò *ex l. si super 8. C. de transact.*, ibi. *Huiusmodi pactio propter vtilem exceptione posset submoueri.* Tertiò *ex l. siue apud acta 28. hoc tit.*, & quidem iure optimo congruit transigentibus hæc exceptio, quandoquidem, cum ex genere suo inducta fuerit transactio ad dissoluendas lites, suo effectu frustraretur, si nec actionem pareret, nec obligationem, nec exceptionem. Si autem inquiras, cur potius pariat exceptionem, quam actionem, & obligationem, tunc respondebitur ex eo prouenire, quia exceptio est defensio rei contrà actorem, iura autem magis fauent, & fouent defensionem, quam actionem iuxtà reg., quod magis fauendum sit reo, quam actori.

Exceptio est defensio rei cōtra actionem.

2 Assertio II. Si transactio firmata fuerit stipulatione conuentionali parit obligationem, & actionem ciuilem præscriptis verbis, & ex stipulatu. Consentiunt omnes ferè, quos viderim *Azorius in summa hoc tit. num. 7., Hostiensis in summa nu. 1., Bartolus in l. naturalis, ff. de præscriptis verbis, Ognate tract. 26. disp. 92. sect. 15. n. 40., & 41.*

Secus, si sit firmata stipulatione.

Ratio primæ partis de obligatione, & actione ciuili manifestè deducitur *ex l. cum mota 6. C. de transact., & l. cum proponas, & l. 1. C. hoc tit.*, vbi dicitur. *Et si tantum in stipulationem fuerit deducta*, quod idem deducitur *ex l. si pro fundo, C. eodem*, vbi dicitur *ex simplici stipulatione actionem oriri*; nec incongruo sanè fundamento hæc decernitur, quandoquidem etiam pacta nuda, quando, vel cohærentia alterius contractus, vel stipulatione, vel traditione ex altera tantum parte vestiuntur, pariunt actiones, & obligationes ciuiles per ea, quæ diximus *tom. 1. sub tit. Contractus I. prænot. 3.*, hocque expressè habetur *in tot. tit. de verb. obligat., & de inutili stipul. Instit. C., & ff.*

Ex stipulatione actio oritur.

Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quod est ex superiùs dictis transactio est cōtractus innominatus, stricti iuris, & pacto nudo perficitur, sed contractus innominati, sicuti non habent nomen specificum, ita nec nomen suæ actionis specificum, ergo debet habere solummodo actionem cum reliquis omnibus contractibus innominatis, quæ est actio præscriptis verbis, vt habetur *in l. 2. ff. de præscriptis verbis*, sibi dicitur, *cum deficiunt vulgaria, & vsitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est, & l. 3., & 4. ff. eod. tit., & l. siue apud acta 28. C. de transact.*

Nō habet nomen suæ actionis.

Ratio tertię partis deducitur *ex d. l. cum mota 6. l. cum proponas 17. l. siue apud acta 28. l. si profundo 33. C. de transact.*, quæ certè iura congruæ rationi innituntur, quandoquidem apertissimè in iure certum est, & notissimum stipulationibus ex stipulatu esse connexam actionem.

3 Assertio III. Si transactio fuerit firmata stipulatione Aquiliana, actio, & obligatio ciuilis ex proprio nomine consurgit *Glosa in l. eum Aquiliana, ff. de transactione, Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 15. num. 42.*, quæ vtique nouat omnes præcedentes actiones, & obligationes, easque perimit, cum inuoluat acceptilationem, & nouationem. De hac non remanet dubitandum, quandoquidem de eadem constat *in dict. l. cum mota, & l. vt responsum, C. de transact., & l. Aquiliana, & l. cum Aquiliana, ff. eod. l. age cum Geminiano 3., & l. actione 4., & l. siue apud acta 28. C. eodem.* Hæc autem actio, seu obligatio ex stipulatione Aquiliana firmissimum robur, & robustissimam firmitatem inducit; vndè, si nemine discrepante cuicunque stipulationi simplici conceditur actio ciuilis, cur eadem stipulationi Aquilianæ tot firmatę muniminibus deneganda erit?

Quid de transactione per stipulationem Aquilianam.

Huiusmodi autem actiones, & obligationes sunt potissimum in ordine ad seruanda conuenta in transactione, ne contrahentes redire possint ad litem per transactionem extinctam, & vt partes sint contentæ eorum, quæ per eandem transactionem fuerunt statuta, vlteriùs ad damna, & interesse, quæ ex eiusdem læsione orirentur.

Ad quid sint huiusmodi actiones.

Assertio IV. Si transactio stipulatione pænali fuerit firmata, vtique ex eadem oriuntur actiones, & obligationes ex 4

stipulatu ad conuenta per transactionem, & ad pænam. In hac conueniunt omnes quos viderim; nec incongrua sanè ratione innititur hæc assertio; quandoquidem talis pænæ stipulatio, nec in se iniqua est, nec à iure reprobatur, cum sit in ordine ad magis firmandum contractum, & ne contrahentes deficiant circa conuenta.

Sunt actiones, & obligationes ad conuenta & ad pænam.

1 Hic duplex oritur difficultas. Prima est, an, quando pro firmitate contractus transactionis imposita est ex conuentione partium pæna dupli, vel quadrupli, intelligatur in illa pæna comprehensum, etiam principale, an verò, quod vltrà illam pænam conuentam principale sit adimplendum. Secunda, an quando exigitur pæna, intelligatur rato remanente contractu, an verò eo dissoluto. Ad primam asserendum est, rem dependere ex contrahentium, vel explicita, vel præsumpta voluntate; si enim expresserint, & de pæna, & de contractu adimplendo, tunc nulli dubium, quin delinquens, vel morosus, tam ad pænam, quam ad principale obligetur; firmum etenim est in iure, quod pæna sub ratione pænæ possit ad quadruplum ascendere, nec pæna, qua pæna est, tollit obligationem principalem; si verò non expresserint, an intelligant, tam de pæna, quam de principali, præsumendum est, quod in pæna illa excedente comprehendatur, & principale, quia licet versemur in dubio, benignius tamen est interpretandum, propter *reg. odia de reg. iur. in 6., & l. qui fidem 16. ff. de transact.* Hoc idem respondendum est ad secundam difficultatem propter eandem rationem.

Coniectandum est ex mēte cōtrahentium.

PRÆNOTIO V.

Quibus modis transactio dissoluatur.

SVMMARIVM.

Ex enormissima læsione resolui potest transactio. 1.
Transactio inita per metum cadentem in constantem virum rescinditur. 2.
Etiam actione ex dolo rescindibilis est. 3.
Mutuo etiam consensu dissolui potest. 4.
Nouatione etiam, & acceptilatione. 5.
Transactio inita ex falsa causa etiam rescinditur, & quomodo. 6.
Etiam si fuerit iuramento firmata. 7.

SVb hoc titulo plura inquiremus; & primò, an læsione dissolui possit transactio, & quanam. Secundò, an ex metu cadente in constantem virum. Tertiò, an actione ex dolo. Quartò, an ex mutuo vtriusq; contrahentis consensu. Quintò, an nouatione, & acceptilatione. Sextò, an ex errore, & falsa causa, & his similia.

1 Assertio I. Ex enormissima saltem læsione potest transactio rescindi *Bartolus in l. si apud acta 28. C. de transact., & ibi Baldus nu. 5., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 16. n. 59., Menochius cons. 401. n. 157. lib. 5., Bardelonus cons. 2. n. 65., & seqq. l. 1., Padilla in l. 2. C. de rescindenda vend. nu. 22. vers. rursus contendunt alij, Antonius Faber de error. pragmat. decade 8. error. 10., & ad tit. C. de transact. def. 10., Andreas Gailus pract. lib. 2. obseru. 70. num. 7., Augustinus Barbosa lib. 3. vot. 76. n. 111.* hancq; opinionem veriorem existimat *Valleron. de transac. tit. 6. q. 2. n. 46.*

Resoluitur ex læsione enormissima.

Rationes plurimas huius assertionis adducunt præcitati DD. Nobis vna, vel altera sufficiet. Prima sit, quia læsio enormissima præsumptiuè semper procedit ex dolo *l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig., Gothofred. in l. omnes 17. §. Lucius, ff. quæ in fraud. credit., Thesaur. decis. 165. n. 6., Farinacius in praxi q. 89. num. 140., Castillo de tertijs c. 18. num. 92.*, sed transactio, quæ fuit ex dolo, non sustinetur per ea, quæ infrà dicemus, & per textum *in l. qui cum tutoribus, §. qui per fallaciam, ff. de transact. l. in summa, ff. de condict. indeb.* Altera est, quia ob talem læsionem in emptione, & venditione *ex vi l. 2. C. de rescind. vendit.* conceditur actio recisciónis contractus, quod nos extendimus etiam ad permutationes, aliosque contractus, ergo non est, cur concedi non debeat, etiam in transactione, si talis læsio contigerit; Neque dicas, non posse habere locum in transactione, quia læsio, quæ locum facit recisioni, ea esse debet, quæ tempore celebrati contractus interuenit *l. si de voluntate, C. de rescind. vendit., l. 3. §. fin. ff. de iur. fisci l. voluntas, C. de fideicomm. l. verum, §. sciendum, ff. de minoribus, Cencius de cens. part. 1. c. 1. qu. 1. art. 3. num. 14., Pinellus in l. 2. C. de rescind. vendit.*, sed pro tempore, pro quo celebratur transactio, elucere non potest læsio, cum exitus litis tunc sit incertus; propter quam rationem plerique DD. magni nominis docent, quod etiam in locationibus, quæ pendent ab euentu fortunæ non habeat locum remedium recisionis ob læsionem, *Padilla in l. 2. num. 15., C. de rescindenda vendit., Gironda de Gabellis part. 3. §. 1. num. 51., Gutierez canon. qq. lib. 1. c. 39. nu. 66., Ceuallus comm. qq. quæst. 536. n. 33.*, contra enim impugnaberis, quia non est in iure nouum, in ijs, quæ ex dubio, & futuro euentu pendent posse certam æstimationem haberi *l. si iactum, ff. de act. empt.*

Regulariter est ex dolo.

Quę pendēt à dubio euētu possunt habere certam æstimationem.

empt. l. nec emptio, ff. de contrah. empt. l., & qua nondum, ff. de pignor. Certè emptio, & venditio ex genere suo debet esse ad æqualitatem, & æstimatio æqualitatis desumitur etiam in casu incerti euentus, qualis est casus venditionis, & emptionis iactus retis. Item minoribus etiam aduersus transactionem ob læsionem beneficium restitutionis conceditur per ea, quæ nos superius docuimus, & tenent *Mauric. de in integr. restit. cap. 210., Caldas in l. 3. C. de in integr. restit. in defin. verb. vt læsio num. 163., Sfortia eodem tract. de in integrum restitut. part. 2. qu. 66. art. 4.*, sed restitutio in integrum, etiam respectu minorum non conceditur, nisi probata læsione *l. verum, §. sciendum, ff. de minoribus l. minoribus, C. de in integr. restit. l. nam, & postea, §. si minor ff. de iure iurand.*, ergo circa transactionem, quę versatur circa rem dubiam, potest considerari læsio, adeoque, & æstimari æqualitas. Item aduersus iudicium sortis potest esse læsio, & tamen sorte nihil potest esse incertius, & magis fortunæ obnoxium *l. si quæ sunt, ff. famil. ercisc. l. generalitèr, §. quid ergo vers., & fortassis, ff. de fideicomm. libert.*, vndè meritò *Baldus in l. maioribus nu. 3., C. communia vtriusque iur.*, quod, si fratres hæreditatem diuidant ad breuia, & sortis infelicitate emergat intolerabilis deceptio, debeat in melius reformari; æqualitas igitur, ex qua commensurari debet læsio, desumi debet ex dubio litis euentu consideratis iuribus vtriusque partis, ac si transactum non esset; quod, si tunc iura, & onera, spes, & periculum fuerint æqualia, vel redacta ad æqualitatem per id, quod alter soluit, & retinet, & alter relinquit, & accipit, tunc nulla erit læsio secundum humanam æstimationem, si verò his consideratis non sint æqualia iura, & onera, commoda, & incommoda, & alter in ijs enormissimè læsus, erit locus recisioni.

2 Ex metu graui inita rescinditur.

Assertio II. Si transactio inita fuerit per metum cadentem in constantem virum rescinditur *Tuscus verb. metus concl. 216. n. 13, & concl. 221. n. 14, Franciscus Marcus decis. 733. n. 1. vol. 1., Farinacius tom. 2. frag. crimin. verb. metus n. 36., Mantica de tacit., & ambiguis lib. 26. tit. 8. num. 30., & seqq., Marta tom. 3. forum tit. de transact. num. 4., Ognate dict. tract. 26. disp. 92. sect. 16. num. 5.*

Expresse colligitur *ex l. si donationis, vel transact. 7. l. fin. C. de his, quæ vi l. interpositas 13. C. de transact. l. metum 6. ff. quod met. caus. l. 2. ff. ex quibus caus. maior §. si quis agens instit. de act.* Ratio autem ex eo deducitur, quia ille metus vtpotè grauis, & cadens in constantem virum minuit de libertate requisita ad liberè, valideque contrahendum. Verum tamen est, prout benè notat *Ognate loc. cit.*, quod huiusmodi metus regularitèr non irritat ipso iure contractum, sed ope exceptionis irritandum relinquit ministerio Iudicis. Ex quibus inferes, quod, si incarceratus ad instantiam alterius transigat cum eodem, transactio illa subiaceat recisioni, *Paponius lib. 23. tit. 11. arrest. 3.*, supponitur enim, & præsumitur facta metu carceris continuandi.

De metu reuerentiali disputant hic DD. an locum tribuat recisioni; *Caberonus de metu lib. 2. nu. 49., Craueta conf. 851. nu. 16. vol. 5.*, sustinent sufficere talem metum ad infringendam transactionem. Communior tamen sententia, sicuti in cæteris omnibus contractibus negat, sufficere ad eorum recisionem, ita hoc negat in transactionibus, nisi simul cum tali metu accedant minæ *Molina de Hispan. primog. lib. 2. c. 3. num. 9., Larrea alleg. 35. n. 20., Castillo lib. 3. controu. c. 4. num. 447. de aliment. c. 59. num. 38.*, ad quos vos remitto.

3 Etiam actione ex dolo rescinditur.

Assertio III. Transactio ex dolo vtique actione ex eodem rescindibilis est *Angelus conf. 94., & 215., Socin. Iun. conf. 144 n. 16. lib. 1., Iason conf. 227. lib. 2., Rodericus Suarez allegat. 22. num. 6., Misinger cent. 6. obseruat. 91., Gailus lib. 2. obseruat. 70. num. 15., Peregrin. de fideicomm. art. 52. n. 101., Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 8., Bellonus conf. 52. n. 8., & de his, quæ fiunt in continenti c. 108., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 6. nu. 56.*

Expresse colligitur per textum *in l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, ff. de transact.* Ibi *Non tam paciscitur, quam decipitur, & l. in summa, C. de condict. indeb., & l. actione 4. C. de transact.* Item *in l. vt responsum 15. C. eodem, & l. vtraque sub prætextu, & l. si maior 22. eodem*; atque hæc assertio euincitur ex ijs, quæ nos docuimus *tom. 1. sub tit. Contractus l. de contract., vt sic in disqu. § 9.*, quod potissimum intellige, si dolus dederit causam contractui.

4 Etiam mutuo consensu.

Assertio IV. Mutuo vtriusque contrahentis consensu dissoluitur transactio, *Glosa, Salicetus, Alexander, Bartolus, Baldus in l. si diuersa 14., C. de transact., Ognate d. tract. 26. disp. 92. sect. 16. num. 54.* Expressè colligitur *ex d. l. si diuersa, C. de transactionibus*; nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem regulare est in omnibus contractibus, vt per ea, quæ contrahuntur, etiam dissoluantur; sicque, si transactiones mutuo consensu fuerunt initæ, etiam eodem mutuo consensu possint dissolui; & licet superius dictum fuerit, non posse per pœnitentiam à contractu transactionis resiliri, hoc intelligendum est verificari, quando vna dumtaxat pars altera inuita in-

intendit resilire; non autem, quando vtraque ex communi, & libero consensu.

5 Nouatione etiam, & acceptilatione. Assertio V. Nouatione etiam, & acceptilatione extingui potest transactio. Sic sentiunt communitèr DD., & præcipuè *Ognate loc. cit. num. 57., & 58.*, nec in hoc diutiùs immorandum est, quandoquidem omnes alij contractus huiusmodi medijs dissoluuntur, vt habetur *tot. tit. instit. C., & ff. quibus mod. tol. oblig.*

6 Dissoluitur etiam si sit inita ex falsa causa. Assertio VI. Si error, aut falsa causa causam dederint transactioni, eam vitiant, locumque tribuunt dissolutioni, *Angelus cons. 94. n. 5., Caualer. decis. 304. in fin., Cæsar de Grassis decis. 14. num. 3. tit. de transact., Seraphinus decis. 775. n. 5., & 6., Hodierna ad Surdum decis. 176. nu. 2., Merlinus decis. 603. num. 1., Costa de facti scientia cent. 2. dist. 7., Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. tit. 8. n. 29., Salgado in labyrint. credit. 3. part. cap. 1.* Expressè habetur *in l. cum putarem 36. ff. famil. ercisc. l. cum te fundum, C. de pact. inter empt., & vendit. l. verum, C. de furtis*, & vlteriùs ratione euincitur; Principium actionis, & intentionis est causa finalis, per quam quis agit in ordine ad id, quod intendit in tali actione, sed quando interuenit error, seu falsa causa non potest esse causa finalis ad id, quod intenditur, quandoquidem intenditur quid aliud ab eo, quod verè est, ergo &c. Deindè ad validitatem contractus quantum ad effectum præcipuè obligandi requiritur libertas in contrahentibus, sed, quando interuenit error, seu falsa causa, non potest esse talis libertas, quæ nequit esse sine cognitione eius, quod intenditur in tali actione, ergo &c.

7 Etiam si sit iurata. Hæc, quæ dicuntur, adeò vera sunt, vt ex errore, & causa falsa rescindatur transactio, quantumuis fuerit iuramento firmata *Felicius de societate c. 38. n. 80., Cancerius 2. part. var. c. 8. num. 95., Crassis de except. except. 8. n. 7., Asinius de except. c. 322. n. 5.*, qui omnes etiam docent, quod tunc ad impugnandam transactionem non requiratur absolutio à iuramento; nec incongrua certa ratione, quia iuramentum non obligat præter intentionem iurantis; iurans autem non intendit se obligare ad errorem, seu causam falsam, sed tantùm ad id, quod intendit per tale iuramentum, quod est quid aliud ab eo, quod propositum est.



DISQVISITIONES

Ad omnes Prænotiones de Transactionibus.

§. I.

An transactio semper nouet priorem titulum, & nouum constituat.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series contingentis in praxi de præsenti. 1.

Transactio regularitèr inducit nouum titulum, & antiquum perimit. 2.

Quandoque per transactionem inducitur nouus titulus, & prior perimitur, quandoque prior titulus firmatur, vt in præsenti casu. 3.

Nouatio sumi potest pro noua actionis acquisitione præcisè. 4.

Disquisitio I. Institutum fuerat quoddam Collegium hæres cuiusdam fæminæ, quæ sui iuris erat, non per publicum Testamentum, cum inopinato casu præuenta non potuerit de rebus suis seruatis omnibus iuris solemnitatibus disponere, sed per priuatam scripturam signatam tamen pluribus testibus expressè testificantibus de tali dispositione, & vltima voluntate eiusdem fœminæ in fauorem Monasterij. Mortua eadem fæmina contendebant Agnati proximiores succedere ab intestato cum exclusione Monasterij, tum ex eo, quod de eius institutione non constat ex publico Testamento, tum ex eo, quod ex illa priuata scriptura contraria quæque apparerent, & non plenè de institutione. Inita fuit transactio inter collegium contendens ex testamento, & agnatos contendentes succedere ab intestato, vi cuius agnati cesserunt omnibus suis iuribus, suumque in locum in eisdem, si competerent, constituerunt Monasterium cum omnibus clausulis generalibus, & prægnantibus. Rebus sic stantibus, cum inter bona eiusdem hæreditatis essent bona quædam emphytheutica, quorum solum dominium vtile pertinebat ad fæminam testatricem, collegium successor perseuerauit soluere domino directo pensiones conuentas, vsquequo idem dominus directus contractu oneroso à se abdicauit illud dominium in tertiam quandam personam, quæ ex eo, quod Collegium successor non recognouerit tempore aditæ hæreditatis dominum ipsum directum con- 1 Dilucidè exponitur factum in præsenti propositum.

contendebat recidisse in commissum, dominiumque vtile cum directo esse consolidatum in sui fauorem; hocque præcipuè euincere contendebat ex eo, quod, cum Collegium non habeat titulum, nisi ex transactione facta cum agnatis, non poterat ius illud emphytheuticum ex vi illius acquirere, cum ad summum illud acquirere posset titulo hæreditario. Omissis ijs difficultatibus, quæ plurimæ oriri possunt circà hanc facti seriem, ad hanc vnam controuersiam me restringo; an dato, quod solùm ex titulo hæreditario Collegium posset acquirere ius illud emphytheuticum, stante illa transactione facta cum agnatis possit succedere, quatenus transactio in eo casu firmet priorem titulum hæreditarium, an verò, quia illum nouet, & transferat in aliam obligationem, non possit Collegium succedere.

2 Regulariter trásactio inducit nouum titulum, & veterẽ perimit.

Regularitèr loquendo transactio nouũ titulum præstat, quo res tradita, vel dimissa retineri, defendique possit *l. si pro fundo, C. de transact. l. ex causa, C. de vsucapione pro emptore, Olea de cessione iur. tit. 6. q. 7. n. 8.* & antiquos omnes perimit per textum *in c. 1. de transactionibus*, vbi Pontifex asserit, omnia iura antiqua vacua remanere per transactionem, solamque transactionem robur obtinere perpetuum, quod idem euincitur *ex d. l. si pro fundo 33., & l. cum te C. de transact., & l. elegantèr 24. in principio, ff. de condict. indebit., & l. si superstite, C. de dolo*, adeoque ex priori actione non potest amplius agi, sed ex subsequenti inducta per eandem transactionem, si fuerit vestita stipulatione, vel simplici, vel aquiliana *l. cum proponas 21. C. de pactis, Clemens Merlinus decis. 761. nu. 24, Hondedeus cons. 34. vol. 2, Natta cons. 133. n. 3.* Nihilominus iuxtà statum præsentis causæ.

3 In hac hypothesi potius firmatur, quam perimatur.

Respondeo, per transactionem nouari priorem titulum solummodò, & nouum induci, quando is, qui rem per transactionem acquisiuit, facta ei traditione, vel demissione eius iniusto, & illegitimo titulo eam retinebat, vel petebat, in eoque facta fuit transactio cum cessione iurium, & actionum, secus verò quando is, qui detinebat iusto, & legitimo titulo detinebat, sed ad redimendam vexationem, vel quia fortè parum de iustitia tituli confidebat, transegit, tunc etenim prior titulus robur accipit à transactione potius, quam perimatur. Iuxta primum sensum existimo loqui *Manticam de tacit., & ambigu. lib. 26. tit. 7. n. 11., Cancerium 3. part. var. c. 7. n. 12., & seqq., Merlinum decis. 854. num. 4., Gratianum discept. for. discept. 290. num. 11.* Iuxtà secundum loquitur *Olea de cessione iur. tit. 6. q. 7. n. 4., & 9, Bernard. Dargent. de dominio, assert. tit. pro transact. n. 6., Valleronus de transact. tit. 5. qu. 4. nu. 8., & seqq.* Prima pars expressè euincitur ex iuribus, & DD. mox allegatis in ratione dubitandi mox proposita, & non est, cur immoremur.

Titulus inductus non est incompatibilis cũ primo

Secunda sic euincitur, quia tunc solum per nouationem in transactione perimitur prior titulus, quando titulus per transactionem inductus est incompatibilis cum primo, de quo contenditur, *Baldus in rubr. extra de transact. num. 8., Gratianus cons. 28. nu. 9. vers. secundo considero, Carocius de excus. bon. 2. part. q. 54. n. 19., Sesse tom. 2. decis. 202. n. 12., Valleronus de transact. tit. 5. q. 4. n. 9.*, atqui in data hypothesi titulus, qui acquiritur ex transactione, non est incompatibilis cum titulo præcedenti, ex quo possessor agebat, quandoquidem quænam est repugnantia, cur transigens, qui rem in se ipso firmauit per transactionem, non possit agere aduersus alium transigentem titulo transactionis, & aduersus alios priori titulo hæreditario firmato magis per eandem transactionem, quatenus alter, cum quo fuit inita transactio, recessit à suis iuribus. Accedit, quod acquirenti ad cautelam, & ad magis sua iura corroboranda potest valdè interesse plures habere titulos, quibus possit se, suaque iura tueri per textum *in l. non est nouum, ff. de act. empt. l. 1. §. dixerit aliquis, ff. de publicanis, & vectig. l. fundo legato, ff. ad leg. falcid. cap. post electionem de concessione præbendæ, Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 4. per totum, Salgad. de supplic. ad summum part. 1. cap. 2. sect. 4. num. 166., & in labyrinto credit. 2. part. cap. 4.*, atque vbi de hoc etiam, vbi actum expressè non fuerit, semper præsumitur, quod possessor transigens super re, eamque detinens sic voluerit, & intenderit, vt notat *Menochius loc. cit.*, cum supponatur voluisse iura iuribus cumulare, non priora iura perimere, si hæc cum prioribus sint compatibilia.

Supponitur voluisse iura iuribus cumulare

4 Nouatio sumitur pro nouæ actionis acquisitione.

Vlteriùs paritatibus responsio iam firmata validius sic roboratur, nam, quamuis regularitèr res iudicata innouet priorem obligationem, ex qua agebatur *l. 4. in princip., §. si quis condemnatus l. miles, §. fin. ff. de re indicata l. si procurator, ff. de procurat. l. minor 4. in princip. ff. de minoribus l. actori, C. de rebus credit. l. fin. §., & ideò, C. de vsuris rei iudicatæ*, cum tamen conditio eius, pro quo res fuit iudicata, exigat, vt prior titulus non perimatur, tunc res iudicata non nouat, sed aliam actionem priori adijcit *Paulus in l. aliam 29. ff. de nouat.*, sicque nouatio sumitur pro nouæ actionis acquisitione, non pro extinctione prioris *Hotoman. lib. 4. obseruat. cap. 5., & ad l. 1. C. de iudicijs, Hostiensis*

stiensis in l. grege, §. etiam si creditor, ff. de pignor., *Cancer. 3. part. var. c. 17. n. 289.*, *Salgado in labyrint. creditorum 3. part. c. 1. §. vnico num. 15.*, ergo etiam, quantumuis transactio regularitèr nouet priorem titulum, nihilominus, si conditio transigentis possessoris fauorabilior sit, quod ex priori titulo se possit tueri, qui non sit incompatibilis cum secundo, tunc transactio priorem titulum non nouabit, sed addet titulum titulo, & iura iuribus in fauorem eiusdem transigentis possessoris. Consequentia tenet, quia transactio in plerisque æquiparatur rei iudicatæ *l. 10. C. de transact.* Vlterius ex eo euincitur, quod, si per transactionem semper periretur prior titulus, quotiescumque fieret noui tituli acquisitio, prior desineret, quod falsum omninò est; quis enim diceret, quod prouisus ab Episcopo de beneficio titulum prioris prouisionis amitteret ex eo, quod a Romano Pontifice impetret confirmationem? Quis assereret aduersus textum *in l. 1. C. de primicer. lib. 12.* amittere prærogatiuam militiæ, qui nouum ex eadem honorem sibi acquireret? Quis contrà *l. hac saluberima, C. de prapos. agent. in reb. l. 10.* diceret, quod impetrans priuilegium super eadem re priorem titulum amisserit?

Transactio in plerisque æquiparatur res iudicatæ.

---

§. II.

An transactio ex genere suo dominium transferat.

SVMMARIVM.

1 Articuli examinandi proponuntur.

Disquisitio II. Super controuersia excitata inter Caium, & Sempronium de re quadam, de cuius dominio vnusquisque eorum contendebat inita fuit inter eosdem transactio, vi cuius, vel Sempronius tradidit rem illam Caio acquisita certa pecuniæ quantitate per ipsos conuenta, vel fortè Caius detinuit, cum illam antecedentèr possideret refusa conuenta pecunia Sempronio. Hic multiplex excitata fuit ratio dubitandi, & primò, si Sempronius tradiderit rem illam Caio in eundem dominium transtulerit, secundò, an, si dimiserit apud eundem Caium, qui illam possidebat ex eadem causa, dominium apud eundem firmauerit; tertiò, an si res, quæ sic fuerat tradita, vel dimissa euincatur, transferat onus euictionis in tradentem, vel dimittentem; quartò, an, si res fuerit euicta, & onus non incumbat tradenti, vel dimittendi euictionis, teneatur saltem iste pretium receptum restituere, & his similia.

Respondeo primò, si transigens alteri rem tradiderit recepta certa, & conuenta pecuniæ quantitate, iustumque aliquem in ea re titulum habeat, vtique transfert dominium in recipientem *Albericus in l. eius rei, ff. de rei vendicat.*, *Antonius Gomez in l. 45., Tauri n. 73.*, *Tiraquel de vtroque retract. §. 1. glos. 14. num. 62.*, *Antonius Faber ad tit. C. de transact. def. 3.*, *Leotardus de vsur. in proem. q. 17. n. 2.*, & *qu. 43. n. 10.* Dixi *habeatque iustum aliquem in ea re titulum*, nam si re vera possideret rem illam, vt alienam, iustusque aliquis, vel saltem probabilis titulus non adesset, tunc verè non transigeret, sed vsurpatum redderet, & iniquè detineret id, quod pro ficta illa transactione recepit. 2

2 Trasfert dominiũ per trãslationem rei accepto pretio.

Probatur iam primò responsio, quia transactio ex genere suo est species alienationis per textum *in l. fin. §. fin. C. de litigiosis l. sancimus, C. de rebus alien. non alien. l. 1. C. si aduersus transact. l. 1. ff. si quid in fraud. patroni*, sed per alienationem propriè, & regularitèr transfertur dominium, si alienatio sit ex vero contractu, & cum actuali traditione *l. qua ratione, § hæ quoque res l. traditio, ff. de acqu. rer. dom.*, *Albericus in l. eius rei, ff. de rei vendicat.*, *Corneus consl. 13. num. 3. lib. 1.*, *Padilla ad l. si pro fundo nu. 10. C. de transact.*, *Morla in emptor. tit. 4. qu. 1. num. 2.*, *Ciriac. tom. 1. contrprincipe. 3. n. 43.*, & *controu. 128. nu. 59.*, *August. Barbosa ad d. l. si pro fundo num. 5. C. de transact.*

Transactio est species alienationis.

3 Transferens rem litigiosã, etiã trãsfert dominiũ, si trãsactio nõ solum fuerit super instãtiam, sed etiam super rem.

Respondeo secundò. Si transigens recepta certa pecuniæ quantitate per transactionem reo rem litigiosam dimiserit, verè, & propriè transfert dominium, si transactio cadat non solùm super instantiam litis, quatenus transigens aliquo accepto cedat liti, & instantiæ renuntiet, sed etiam super rem ipsam litigiosam, quatenus vltra renuntiationem liti cedat actor possessori actiones, iuraque sibi competentia, secus, si transactio cedat solum;

summodò super instantia litis. In hanc responsionem iuxtà appositam distinctionem propendent *Antonius Gomez in l.45. Tauri n.72. vers. quarto infero, Padilla ad d. l.si pro fundo num.13.C.de transact., Ciriacus tom.1.controu.n.44., Seraphinus decis.702. nu.12., & seqq., Cancerius var.part.3.c.15. n.204., Franciscus Marcus decis.52. num.5., Olea de cess.iur.tit.6.qu.7. n.17., Valleronus de transact.tit.5.qu.5. num.19., & seqq.*

Illa dimissio æquiualet traditioni.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia dimissio illa cum cessione iurium, & actionum æquiualet veræ, & reali traditioni *l. qua ratione, §. interdum, ff. de acq.rer.dom., & §.interdum instit.de rer. diuis l. proponebatur, ff. de rei vendicat.*, sed transactio, quæ fit per rei traditionem, verè transfert dominium in eum, cui traditur per allegata iura, & rationes, ergo etiam dimissio illa cum illa iurium cessione transfert &c. Vlteriùs euincitur ex textu *in l.eius rei, ff.de rei vendicatione*, vbi dicitur, quod facta transactione, & soluta certa quantitate actori remanète re apud reum dicitur, quod ipso iure dominium remaneat penes possessorem, atque certè ille textus procedit de transactione non solum super instantia litis, sed etiam super re ipsa, quandoquidem in eo dicitur, quod res illa fuerit æstimata, & dimissa eo pretio, quo in litem actor iurauerit.

Ratio secundæ partis desumi potest *ex l. siue apud acta 22. C. de transactio on.*, vbi dicitur, quod facta dimissione ab eo pro certa pecuniæ quantitate, qui rem vendicare intendebat, adhuc rei vendicatio pendeat; non penderet autem, si reus factus fuisset per illam dimissionem verus dominus per ea, quæ ibi notat *Glosa verb. pendente*; nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem litis renuntiatio non immittit ius rei *l. si te C. de ingen. manumism.*, nec cedens liti vllum ius tribuit aduersario *Giurba obseruat.27. nu.4., & obseruat.92.nu.7., Antonius Faber ad tit. C. de transact. def.3.*

Litis renuntiatio nõ imittit ius rei.

4 Ex qualitate, & quãtitate pretij potest dignosci.

Quomodo autem dignoscatur, quod transigens per transactionem illam cesserit dumtaxat instantiæ litis, & quod etiam rei, super qua lis fuerit intentata. Asserunt communitèr ex forma transactionis dignosci; si enim in instrumento dictum fuerit *transegit cedendo omne ius, suasque omnes actiones*, tunc dicunt transegisse etiam circà rem ipsam, quod verum existimo, quamuis *Cancerius loc. cit.*, afferat clausulam cessionis censeri semper appositam ex stilo Notarij. Quod, si nihil dictum fuerit, tunc ex qualitate, & quantitate pretij soluti per reum, cui res dimissa est, coniectandum remanet; si enim ea pecuniæ quantitas sit talis, vt non solum æstimationem litis adæquet, sed etiam ius, quod habet actor in illa re, præsumendum est pro translatione dominij, quia illa transactio similis est venditioni; si verò sit talis, vt adæquet solummodò litis æstimationem, non præsumendum est pro translatione dominij, *Bartolus in l. cotem ferro, §. qui maximos, ff. de publicanis, Alexander Rhaudensis de analog.lib.1.cap.34., Baldus cons.413., Menochius cons.2036.n.6., & seqq., Leotardus de vsur. qu.31. n. 18.*

5 Euictio nõ debetur ex transactione.

Respondeo tertiò, regularitèr ex transactione euictio non debetur *Franciscus Marcus decis. 52. in princip. secunda partis, Antonius Gomez tom.2.variar.cap.2.n.38., Caldas de empt., & vendit. c.31.num.104., Antonius Faber ad tit. C. de transactionibus def. 32., Guzman. de euict.quæst.31. nu.2.* Ratio ex eo desumitur, quia, vel transactio facta fuit solummodò cum dimissione rei sine translatione dominij iuxtà ea, quæ dicta sunt in secunda parte præcedentis responsionis, vel cum dimissione cum translatione dominij iuxtà ea, quæ dicta sunt in prima parte eiusdem responsionis, vel tandem cum traditione iuxtà ea, quæ dicta sunt in prima responsione; si primò modo facta fuerit transactio, certè transigens cum illa dimissione non tenebitur de euictione per textum *in l. si pro fundo vers. fin. C. de transact.*, & ex eo, quod nullum dominium transtulerit, non obligatur ad illud ei conseruandum, cui dimisit; sed, an in eo casu teneatur saltem sic transigens pretium illud restituere, quod pro transactione recepit; videtur affirmatiuè respondere *Valleronus de transactionibus tit. 5. quæst. 5. num. 36.*, propter eam rationem, quod bona fides, quæ maximè consideratur in transactionibus, non permittat, vt ille rem amittat, & alter pretium lucretur; sed non facilè acquiescerem, quandoquidem illud pretium non supponitur solutum pro re ipsa, sed pro cessione instantiæ litis; hanc autem præstitit sic transigens, vndè non est, cur illud pretium non possit detinere, sicque alter debet propriæ conditioni imputare, quod res illa fuerit euicta. Si secundo modo facta fuerit transactio, nec videtur transigens teneri de euictione, nisi expresſè se ad hoc obligauerit; quandoquidem licet dicatur transferre dominiũ, tamen per illud non se obligauit ad conseruandam illam rem à quacunque alia actione, quæ ex alia causa aduersus ipsam intentari posset, sed solummodò ab ea, quam ipse intentare posset, sicque solummodò rem qualitèr se habentem ad eum, apud quem erat cum sua causa transfert; si verò tertio modo transfert, idem

Rationes efficaces comprobantes intentum.

idem planè dicendum est propter eandem rationem.

6 Dixi, *regulariter* propter exceptionem quandam, quam in speciali casu afferunt *Olea de cess. iur. tit. 6. qu. 7. num. 11., Hermosilla glos. 5. num. 17., Mangillus de euict. quæst. 142. num. 10.*, in casu scilicet, quo transactio ita facta esset, vt res per transactionem retineretur à possidente, alia verò res diuersa actori traderetur, vt à lite discederet, & componeret super controuersia dimittendo, scilicet rem controuersam possessori; in quo arbitrantur teneri de euictione. Sed quidquid sit de hoc alij viderint; non enim ex eo recipiens rem aliam à litigiosa videtur se obligasse ad euictionem, sicuti non se obligauit recipiendo certam pecuniæ quantitatem.

---

§. III.

An acquisitum ab hærede per transactionem ex causa hæreditatis ipsi cedat, an verò creditori hæreditatis.

SVMMARIVM.

Exponitur facti series. 1.
Sententia asserens accrescere hæredi, non creditoribus. 2.
Si hæres transegit præcisè ad redimendam iniustam vexationem ius acquisitum cedit hæreditati, & creditoribus. 3.
Si verò transegit ex titulo vim solum habente in propria industria ius sibi acquirit, non hæreditati. 4.

1 Dilucidatur factum in suis terminis.

DIsquisitio III. Constitutus fuerat ex Testamento hæres Francisci Caius, qui adita hæreditate conuentus fuit à Theodorico super quodam prætenso iure in certis bonis hæreditatis. Contestata iam lite, & controuersia in iuditio excitata facta fuit inter eosdem Theodoricum, & Caium collitigantes transactio, vi cuius Caio hæredi bona illa controuersa fuerunt per Theodoricum dimissa cum cessione iurium, & actionum refusa pro tali transactione, seu compositione eidem Theodorico certa pecuniæ quantitate. Agentibus iam creditoribus Francisci testatoris ad sua credita exigenda in bonis hæreditatis, quæ tot non erant, quot singulis satisfacerent, orta fuit controuersia, an illud acquisitum per transactionem ab hærede Francisci debeat accrescere hæreditati, & creditoribus, an verò cedat absolutè hæredi transigenti, eique liberum sit.

Communior opinio docet, sic acquisitum cedere ipsi hæredi, non creditoribus hæreditatis, hocque multis iuribus, & rationibus videtur comprobari, quæ, seu quas latè expendit *Valleronus de transact. tit. 5. qu. 6. à num. 1. vsque ad 22.*, atque pro hac opinione multum facere videtur id, quod suprà dicebamus, regulariter scilicet transactionem perimere priorem titulum, & nouum inducere, sicque hæredem aduersus quemcunque creditorem posse se tueri nouo titulo, nouoque iure per transactionem acquisito. Nihilominus 2 Sentētia fauens creditoribus.

Respondeo cum distinctione iuxtà superius dicta; vel enim hæres transegit ex iusto, & legitimo titulo hæreditatis præcisè ad redimendam alterius iniustam vexationem, seu quia parum de iustitia tituli confidebat; vel transegit ex titulo illegitimo, solumque vim habente ex propria industria, & caliditate, ratione cuius, licet occasione hæreditatis, aliquid acquisiuerit. Iuxtà primum sensum, sic acquisitum cedit hæreditatis creditoribus, alijsque causam habentibus in bonis eiusdem hæreditatis. Iuxtà secundum cedit hæredi sic transigenti; & per hanc distinctionem conciliare existimo sententias oppositas, atque iuxtà ipsam videntur loqui *Molina de Hispan. primog. lib. 4. cap. 9. n. 22., Fusarius de substitution. quæst. 642. num. 2., Parexa de edit. instrum. tit. 7. resol. 3. nu. 90., Oleá de cess. iur. tit. 6. quæst. 7. num. 2.* Distinctio ad rē apposita, qua diluitur difficultas.

Ratio primæ partis deducitur ex ijs, quæ dicta sunt, quod scilicet, quando possessor rei habens iustum, & probabilem titulum transigit detinendo rem controuersam, & soluendo alteri certam pecuniæ quantitatem, vt à lite recedat, non amittit priorem titulum, sed solummodò à vexatione liberatur, ergo potissimum iure hæreditatis detinet; iura autem hæreditatis prius cedunt creditoribus, alijsque causam habentibus in bonis eiusdem; Neque obesse potest, si afferatur, quod, quamuis in hac hypothesi prior titulus non perimatur, ipsi tamen accrescat nouus titulus ex vi eiusdem transactionis, ergo saltem ex vi eiusdem poterit agere, vt res illa, super quam accedit transactio, sibi cedat. Deindè, quando iura iuribus accumulantur, & titulo præcedenti nouus titulus adiungitur, prior titulus in tantum admittitur, in quantum potest esse proficuus possidenti, ergo liberum erit eidem cedere, & solum agere ex secundo; Non, inquam, obesse potest, quia in hac hypothesi secundus titulus totam vim, quam habet, consequitur à primo, à iure scilicet hæreditatis, quia in tantum transegit, in quantum ab iniquis vexationibus hæreditatem voluit liberare, iusque transigendi eidem 3 Retinet priorem titulum, & solum à vexatione liberatur.

eidem competit dependentèr ab eadem hæreditate; acquisitum autem ex iure hæreditario venit in restitutione hæreditatis *l. Imperator, §. fin. ff. de legat. 2. l. sicut 8. §. 1 ff. quib. mod. pign., vel hypoth. sol.* Deindè quamuis secundus titulus nouam aliquā vim distinctam à primo conferret, hæc esset, vel præcisè in ordine ad transigentem, quatenus non posset ampliùs ad litem reuerti, cum exceptione posset elidi, vel in ordine ad recuperandum id, quod in tali transactione soluit, quia, cum egerit in bonum eiusdem hæreditatis, actione negotiorum gestorum potest in eandem agere ad repetendum id, quod pro eadem soluit; nec adhoc creditores possunt esse rationabiliter inuiti. Ad illud, quod subditur, dicendum est, nō esse eidem liberum cedere priori titulo in præiudicium aliorum; cæteroqui maxima cum facilitate ius creditorum in hæreditatibus posset eludi, quod non est de facili concedendum.

4 Est effectus propriæ industriæ, & conditionis. Ratio secundæ partis ex eo facilè deducitur, quod sic acquisitum est potiùs fructus industriæ ex conditione personę acquirentis, licet occasione hæreditatis, quàm bonum proprium ipsius hæreditatis, ea proportionali ratione, quia acquisitum occasione depositi ex industria depositarij est potius fructus industrię eiusdem, quàm fructus depositi; atque iuxtà hunc sensum existimo procedere iura *in l. Imperator, §. fin. ff. de transact. l. venditor, ff. de hered., vel actione vendita l. pupillus, ff. quæ in fraudem creditorum*. Ad hoc etiam facit id, quod habetur *in l. item veniunt, §. item, ff. de petit. hæred.*, vbi sic legitur. *Sed ea, quæ post aditam hæreditatem accedunt, siquidem ex ipsa hæreditate, puto hæreditati accedere; si extrinseca, non quia personæ possessoris accedunt, & in l. Paulus respondit, ff. de pignoribus, sed ea, quæ ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab hærede eius ex alia causa acquisita sunt vendicari non posse à venditore testatoris*. Ex eo autem, quod iustum titulum ad illa non habeat, manifestè

Nō sunt bona testatoris. euincitur, quod non sint bona testatoris; ex eo autem, quod ex propria caliditate, vel industria acquirat, sequitur, quod ex alia causa acquirat.

---

§. IV.

An super tutela transigi possit.

SUMMARIUM.

Exponitur status controuersiæ. 1.
Transactio inter plures in ordine ad tutelam suscipiendam non subsistit. 2.
Super remotione à tutela non potest fieri transactio. 3.
Super redditione rationum in causa administrationis tutelæ potest validè, & efficacitèr transigi. 4.

Disquisitio IV. Præmortuo Patre pupilli plures super eiusdem pupilli tutela suscipienda contendebant, vndè ad sedandas lites, controuersiasque componendas inter se ad transactionem deuenerunt, vi cuius alter suscepit tutelam, alter certam pecuniæ quantitatem recepit, vel fortè etiam administrationem in aliquibus bonis eiusdem pupilli. Rursus vno ingresso administrationem tutelæ alter contendebat ex præsumpta quadam causa de ipsius remotione. Hic orta fuit controuersia, an transactio sic inita, vel ineunda subsistat, vel subsistere possit; vbi etiam ex occasione inquiretur, an super redditione rationum facienda ab administratore tutelæ possit transigi. 1 In quo consistat difficultas.

Respondeo primò, transactionem modò prædicto initam non subsistere *Bartolus in l. Prætor n. 2. ff. de tut., & curat. datis ab his, Roman. sing. 471., Padilla in l. transactio, C. de transact. nu. 2., Paulus Montanus de tut. c. 26. n. 53. vers. quid ergo*. 2 Transactio super tutela suscipienda non subsistit.

Ratio ex eo deducitur, quia munus tutelæ est munus Reipublicæ, atque ad publicum officium spectat, quandoquidem Reipublicæ valdè interest, vt pupillis congruè subueniatur, ne ex inconsideratione ætatis bonis suis destituantur argum. eorum, quæ dicuntur *in l. 3. §. fin. ff. de pecul., & in l. 1. §. fin. ff. de magistr. conuenien.*, sed in ijs, quæ pertinent ad ius publicum, priuatorum pacta non possunt aliquid officere, *l. ius publicum 38. ff. de pactis*, ergo &c. Accedit, quod tutela non est, nisi testamentaria, vel legalis, vel iudicialis, ergo ex partium colligantium conuentione non potest propriè induci. Accedit secundò, quod, si aliquis pecunia soluta, vel conuenta pro eadem expressè tutelam susceperit, sit per Iudicem pæna conueniendus per textum *in l. 1. §. solent, ff. de officio præfecti vrbis l. in eos, ff. de tutel. §. sed, & si quis instit. de suspect. tutor.*, quare Iudex nulla habita ratione de transactione reiecto instituto per eandem transactionem debet alium instituere, ne primus grassetur in bonis pupilli, *Giurba obseruat. 23. nu. 17.* Ex quibus communitèr etiam docent, quod controuersia inter plures super tutela, non possit compromitti *Bartolus in d. l. Prætor, ff. de tutor., & curat. dat. ab his, Montanus de tut. c. 9. num. 51., Carpan. ad Statut. Mediol. lib. 2. c. 115. n. 41., & seqq.* Munus tutelæ est munus Reipublicæ.

Respondeo secundò, super remotione

3 à tutela non potest validè, & efficacitèr fieri transactio *Valleronus de transact.tit.3. q.1.n.12.*, qui afferit, hanc esse communem penes eos omnes, qui sustinent responsionem præcedentem.

Nec super remotione tutelę

Non difficilis probatio huius responsionis, quandoquidem, si non potest esse transactio, quando nemo possidet administrationem tutelæ, multo minus potest esse transactio super remotione, quando alter possidet, quandoquidem ea omnia in hac hypothesi eueniunt, quæ obueniunt, quando nemo possidet; semper enim verificaretur, quod fieret dispositio tutelæ per pacta, & conuentiones priuatorum, quod repugnat iuribus præallegatis. Deindè, vel ille, qui possidet, dum agitur de transactione super remotione, iustè possidet, quia legitimè, vel à testatore, vel à iure, vel à Iudice institutus est, vel iniustè, quia ex propriæ voluntatis arbitrio se intrusit in administratione eiusdem tutelæ; si primo modo res se habeat; vel transigit per traditionem administrationis alteri accepta ab eodem certa pecuniæ quantitate, vel transigit, quatenus apud se retinet illam administrationem tradendo alteri pecuniam conuentam; transigens tradendo alteri administrationem, inefficacitèr transigit, quia non est in propriæ voluntatis arbitrio tutelam refundere, in quem vult, quia institutio tutoris debet esse à publico officio, vbi non sit dispositum per expressam mentem testatoris; quinimmò ille, in quem transtulit, potest, & debet auctoritate Iudicis animaduerti per priuationem per ea, quæ habet *Giurba obseruatione 23. n.17.*, & sic institutus per traditionem pecuniæ esset potius tollitor, quam tutor *Albericus in l. 1. ff. de tutelis, Montanus de tutelis c. 4. in princip., Gutierez cod. tract. lib.1.c.1.n.11.* insurgit quippè iusta suspicio contrà affectantes tutelam *l. vxoris, §. primo ff. ad leg. Cornel. de fals.* transigens verò retinendo, sed tradendo alteri certam pecuniæ quantitatem, præterquamquod redditur suspectus de affectatione, &, quod administret, vel administrare velit in suum commodum, non est locus præsenti difficultati, quandoquidem procedit solummodo, quando transactio fieret per translationem tutelæ in personam, vel non electam à testatore, vel à iure, vel à Iudice approbatam. Si secundo modo res se habeat, siue transigat per traditionem, siue per detentionem semper inualidè transigit, quia tam ipse, quam alter, in quem administratio transfunderetur, non posset per priuatas conuentiones tutelam acquirere, &, si ipse sic nequit acquirere, nec potest validè retinere, quia semper verificaretur, quod acquireret, non à publico, sed per priuatas partium conuentiones.

Rationes euincêtes responsionem.

Respondeo tertiò, super redditione rationum in causa administrationis tutelæ potest validè, & efficacitèr transigi, *Ioannes Baptista Perusinus de arbitr. lib.3. cap.8., Bartolus in l. Prætor, ff. de tutor., & curat. datis ab eis, Valleronus de transact. tit. 3. qu.1.n.13.*, & expressè colligitur *ex l. si & duobus tutoribus, ff. de tut., & ratio. distrahen. l. qui cum tutoribus, ff. de transact.* Ratio autem ex eo desumi potest, quia licet ad publicum officium spectet prouidere de tutoribus in causis pupillaribus, non tamen spectat ex genere suo ad idem exigere rationem administrationis post terminatam administrationem, ergo, si non spectat ad publicum officium rationem administrationis exigere, poterit super illa ratione validè transigi per speciales conuentiones inter easdem partes. Deindè nullibi in iure reperitur dispositum, quod, si facta transactione super redditione rationum in administratione tutelæ cessa, vel data certa pecuniç quantitate Iudex remoueat talem transactionem, & de noua redditione prouideat, sicut disponit, quod, si super administratione tutelæ fuerit transactum refusa certæ pecuniæ quantitate per traditionē eiusdē alteri transigenti, sic institutus remoueatur, & alter idoneus iudicio eiusdem Iudicis substituatur, quandoquidē non potest esse suspicio affectationis, de qua supra 4

4 Transigitur super redditione rationū.

§. V.
An super educatione pupilli fieri possit transactio.

SVMMARIVM.

Exponitur sensus, in qua accipiendus sit titulus. 1.

Transactio super educatione pupilli non subsistit. 2.

Enumerantur qualitates, quas respicere debet Iudex in adiudicando, apud quem pupillus sit educandus. 3.

Disquisitio V. Defuncto parente, & superstite pupillo, quantumuis regularitèr in iure cautum sit, apud quos pupillus educari debeat, quia tamen circà eas personas, quandoque ex iustissimis causis, variandum est, in quo casu Iudicis arbitrio res committitur *argument. textus in l. 3. ff. ex quibus causis maiores, Baldus in c. Abbas de ijs, qui vi, Caualcanus de bracchio Regio part. 4. nu. 35.*, ideò inter plures excitata est controuersia, apud quem 1

1 Tituli elucidatio.

quem illorum pupillus superstes esset educandus. Re hinc indè discussa per transactionem adinuicem conueneiunt, vt pupillus educaretur penès Franciscum, qui tamen aliquid pretio æstimabile refunderet alteri transigenti. Hic immediatè suborta est quæstio, an illa transactio per priuatas conuentiones subsisteret, an verò irrita ipso iure remaneret, vel saltem exceptione esset irritanda.

1 Non subsistit trãsactio huiusmodi.

Respondeo, in data hypothesi huiusmodi transactionem non subsistere *Giurba obseruat.23.n.27., Cuiacius lib.6. obseruat. c.29., Baldus in l. fin. C. ad Senat. Consult. Trebel., Rota apud Seraphinum decis.1375. n.2., Gutierez de tutelis secunda part. c. 8. num.29.* Ratio ex eo deduci potest, quia onus educandi filium pupillum superstitem est quodamodò pars tutelæ per textũ *in l. 1. §. fin. ff. vbi pupillus educari debeat.* Ibi. *Exemplo tutoris testamento dati*, sed super tutela per ea, quæ superius dicta sunt, non potest transigi, ergo neque super educatione pupilli, quæ enim dicuntur de toto, dici debent de omnibus sub illo contentis. Accedit, quod in controuersia, apud quem debeat educari filius superstes, vbi à iure statutum non est, vel vbi etiam statutum sit, ex al qua iusta causa variandum est, ad solum Iudicem spectat controuersiam dirimere per textũ *in l. 1. ff. vbi pupillus educari debeat, & l. si disceptetur 5. ff. eodem.* Ibi *Si disceptetur, vbi morari, vel vbi educari pupillum oporteat, causa cognita id præsidem statuere oportebit, & l. Quintus Mutius 7. vers. nec tamen, ff. de annuis legatis*, vbi etiam statuitur, quasnam considerationes habere deb at Iudex in statuendo, apud quem educari debeat, ergo non poterit per priuatas contrahentium pactiones statui, penes quem pupillus superstes sit educandus, quandoquidem ea, quæ ex dispositione iurium pertinent ad publicum officium, sunt omninò extra libertatem priuatorum.

Cura educationis est quodamodo pars tutelæ.

3 Iudicis arbitriũ debet esse regulatũ, non liberum.

Hic fuse agunt DD. ad quænam debeat Iudex inspicere, vt statuat personam, apud quam pupillus sit educandus. Sed non vacat in his immorari, quia locus proprius hic non est, & fusè de ijs agetur, dum de alimentis. Nonnulla tamen ex occasione hic attingemus, quæ aliqualiter conferre possunt ad præsens institutum. In primis Iudex arbitrium non liberum, sed regulatum debet interponere per textum *in dict. l. 1., ff. vbi pupillus educari deb.*, in pecta scilicet personarum qualitate, conditione, & tempore *argum. textus in l. personam, §. 1. ff. de reg. iur., l. hac venditio, ff. de contrah. empt. l. si in lege, ff. locati, l. vir bonus, ff. iudicatum solui*. Deindè, an expediat, eum apud parentes relinquere, an verò alijs tradere educandum ex feritate, & praua conditione eorundem parentum. Vlteriùs, ne penes substitutum, vel eum, qui successionem pupilli sperat, eum educari iubeat per textum *in l. 1. §. & solet, ff. de transact., & l. fin. C. eodem*, & hoc propter periculum voti captandæ mortis propter successionem per textum *in l. 2. §. interdum, ff. de vulgar. l. ità tamen 27., §. à Patre, ff. ad Senat. Consultum Trebel. l. 1. § si impuberi, ff. de col. bonorum, l. fin. ff. de suis, & legit. hæred.* Limitarem tamen, vt non procedat in matre, alijsque proximioribus, nisi mater contra iuramentum præstitum transiret ad secundas nuptias, tunc etenim huiusmodi suspicio cessare videtur *Antonius de Marinis c. 95. n.12., & seqq., Caroc. decis. 129., Franciscus Marcus decis.131. part. 1., Osualdus lib. 15. commun. c.19. lit. D.* Limitant etiam alij in hypothesi, qua substitutus esset commendatæ vitæ, & morum; & talis, vt sinistra suspicio rationabiliter effor mari non posset, quia tunc cessat ratio formalis exclusionis *Valleronus de transact. tit.3 qu.1. nu. 36.* vbi alios plures citat. Dixi, *nisi mater ad secundas nuptias transierit*, propter eam rationem, ne vitricus pupilli vitæ insidietur, vt eius vxor, & filij succedant *Auth. de nuptijs, §. eiusdem quoque col. 4., Nouel. 94. auth. Sacramenta puberum, C. quando mulier tut. offic. fung. pos. l. lex, §. lex enim, C. de administ. tut.* Vlteriùs cauere debet Iudex, ne debitori, seu creditori tradatur filius educandus propter textum *in auth., vt hi qui obligant, §. hac omnia collat. 6. Quid enim non aget pro se dominus eiusdem constitutus?* subditque rationem, *Necubi aut cautionem furetur, aut alias, quæ erant minoris, corrumpat.* 4 Alia à Iudice consideranda.

---

§. VI.

An super alimentis legatis transigi possit.

SVMMARIVM.

Expositio tituli in terminis particularibus. 1.

Regularitèr transactio super alimenta per priuatas partium conuentiones non subsistit. 2.

Potest tamen transigi in causa alimentorum præteritorum. 3.

Item, si transactio cedat in vtilitatem alimentarij. 4.

Item, si alimenta non habeantur ex testamento, sed ex contractu. 5.

Item si testator apposuit facultatem in testamento eadem alienandi. 6.

1 Refertur status quæstionis.

DIsquisitio VI. Titius condito suo vltimo testamento alimenta in singulos annos legauit Francisco eidem eroganda iuxtà naturam eorundem anticipatè per suum hæredem institutum; cumque hæres, vel circa tempus, vel circa modum, vel circa quantitatem, vel fortè etiam circà substantiam contenderet aduersus legatarium, inita fuit inter eosdem per priuatas conuentiones transactio, per quam certis pactis mutuo se quietauerũt, seu ad concordiam deuenerunt. Hic orta fuit controuersia, an huiusmodi transactio in iure subsisteret.

2 Huiusmodi trãsactio non tenet.

Respondeo, regularitèr transactio sic per priuatas partium conuentiones facta non subsistit, *Antonius Faber in rationali ad d. l. cum hi, ff. de transact.*, *Ioannes Robertus lib. 4. sentent. c. 19.*, *Molina de iust., & iure disp. 557.*, *Menochius de arbitrar. cas. 170.*, *Mantica de tacit., & ambig. lib. 26. num 3.*, *Gutierez de iuram. confirm. p. 3. c. 3.*, *Surdus de alimentis priuileg. 56.*, *Cancer. tom. primo var. c. 16. n. 6.*, *Trentacinque lib. 1. var. tit. de alimentis resol. 1. num. 8.*

Expressè responsio colligitur *in l. cum hi per totum, ff. de transact., & l. de alimentis, C. eodem tit.* Rationes varias huius assertionis adducunt DD., sed ijs velut fere nihil concludentibus, vel in idem recidentibus omissis ad hanc vnam me confero, quia cessio alimentorum facta per transactionem pro pecuniæ certa quantitate oblata non tam esse potest contra bonum priuatum transigentis super eadem alimenta, quam contra bonum publicum, ad quæ respexerunt iura prohibentia huiusmodi transactionem, ne scilicet alimentarij allecti oblata certa pecuniæ quantitate cederent iuribus suis ad ea, quæ in futurum ipsis deberentur, & sic postea egerimè viuerent, quod certè cedit contra bonum priuatum transigentis, & ne voluntates testatorum de facili fraudentur, quod est contra bonum commune Reipublicæ; sed in ijs, quæ non respiciunt tantum bonum priuatum contrahentium, sed etiam commune Reipublicæ non possunt priuati contrahentes per priuatas conuentiones obesse per superius dicta, ergo &c.

3 Super alimenta præterita potest transigi.

Dixi, *regularitèr*; non enim negauerim in plerisque casibus licere super alimentis per testamentum relictis transigi, & primò in causa alimentorum præteritorum; non enim quoad ea viget periculum, quod propter oblatam modicam pecuniæ quantitatem cedat iuribus suis, ità vt miserimè viuat; nec quoad præterita, seu à præteritis pendet vita hominis per textum *in dict. l. de alimentis, C. de transact.*, vbi dicitur, *de alimentis præteritis, si quæstio deferatur, transigi potest*; Neque obesse potest, si asseratur, quod adhuc vigeat bonum commune, ne scilicet voluntates testatorum defraudentur, vt supra innuebam; Non, inquam, obesse potest, quia voluntates testatorum eo dumtaxat tendunt, vt alimentarij, seu legatarij alimentis pro tempore non destituantur; quando autem alimenta iam sunt præterita, & tempus ad eadem consumenda non vrget, iam cessat mens testatoris, adeoque non est, cur super illis non possit fieri transactio, & conuentio, cum ratio finalis, & testatoris, & iurium eiusdem dispositionem in hoc firmantium, non amplius vigeat, cum sit, ne legatarij ijs pro tempore destituantur; in hanc limitationem consentiunt *Menochius lib. 2. de arbitrar. ijs cas. 171. n. 33.*, *Molina disp. 557. verb. additum est*, *Fontanella de pact. nupt. claus. 6. glos. 2. part. 3. nu. 38.*, *Antonius Faber ad tit. C. de act., & oblig. def. 20. n. 2.*, *Fabius Turretus cons. 88. nu. 17.*, *Simoncellus lib. 2. tit. 6. inspect. 11. nu. 106.*, *Valleronus de transact. d. tit. 3. qu. 3.* Atque hæc omnia comprobari possunt ex eo, quod in alijs iuris articulis priuilegia alimentorum in præteritis non vigent *Surdus de aliment. tit. 8. priuil. 2. num. 13., & seqq.*, *Xamar de offic. Iudic., & Aduoc. part. 1. qu. 9. n. 16.*, *Olea de cess. iur. tit. 4. qu. 9. n. 13.*

Instantia proposita & soluta.

Secundò tenere potest transactio, si cedat in vtilitatem transigentis alimentarij, puta, si per transactionem hæres teneretur ad commodius eadem præstanda, vel ratione loci, vel tempore opportuniori, quia quoad hoc cessant omnia iura prohibentia, quæ respiciunt præcise indemnitatem alimentarij, ne deceptus, seu illectus oblatione rei præsentis cedat futuris cum suo graui incommodo, non autem intendunt abrogare commoditatem eiusdem legatarij, seu alimentarij *Molina dict. disp. 557. vers. circà alimenta*.

4 Item cedente transactione in vtilitatẽ alimentarij.

Tertiò, tenere potest transactio super alimenta, si hæc non debeantur ex vltima voluntate, seu donatione causa mortis, sed ex contractu; quandoquidem obligationes, quæ mutuo consensu contrahuntur independentèr ab ijs, quæ respiciunt officia publica per vltimas voluntates, possunt mutuo consensu dissolui *Molina loc. cit.*, *Gutierez de iuram. confirmat. part. 3. c. 3.*, *Vulpianus in dict. l. cum hi, §. hac oratio vers. planè, ff. de transact.*, *Follerius in praxi censuali, §. huiusmodi census nu. 84.*, *Ciarlinus contr. 202. n. 36.*

5 Item si alimenta debeantur ex cõtractu.

Quod

Quod etiam ex ijs euincitur, quod priuilegium concessum alimentarijs respicit præcisè dispoſita in vltima voluntate, & causa mortis pro vt habetur *in dict. l. cum bi in princip. cum bi, quibus alimenta relicta erant*, quæ propterea non videntur extendenda ad alias causas, & ratio potissimum ex eo desumitur, quia ea, quæ acquiruntur ex inopinato fine proprio labore, & industria facilè exhibita de præsenti certa pecuniæ quantitate negliguntur, quod non valet in ijs, seu non præsumitur, quæ proprijs laboribus, & industria adipiscuntur.

6 Item data facultate à testatore alienandi ius ad illa.

Quartò, tenere potest transactio super alimentis, quando testator expresſè in testam: to reliquit facultatem alienandi ius super illa, vel transigendi *Baldus in d.l. cum bi, §. plenè, ff. de transact., Trentacinque d. tit. de alienantis resol. 1. nu. 12., Tiraquel de leg. connub. glos. 8. n. 94., Menochius de arbitr. cas. 171. n. 68., Surdus de aliment. priuil. 56. n. 90.* Non diutius immorandum in probatione huius limitationis, quandoquidem expresſè habetur in textu *in l. 1. §. 1. de transact.*, vbi sic legitur. *Nisi, vt fieret, parentes testamento, vel codicillis cauerint, & in l. fin. eodem*; Nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem in hoc non fraudatur mens testatoris, ad quam iura prohibentia præcisè respexerunt, & sicuti etiam prædium pupillare à Patre relictum potest sine auctoritate Iudicis diuendi, si à testatore relicta fuerit facultas alienandi per ea, quæ habentur *in l. 3. ff. eodem*, quantumuis alioqui à iure hoc vetitum esset, ità non est, cur alimenta relicta ex testamento transactione alienari nequeant, si testator in testamento de tali alienatione fecerit facultatem;

---

§. VII.

An dominio firmato per transactionem in re oppignorata extinguatur ius pignoris, etiam aduersus alium habentem hypothecam in tali re.

SVMMARIVM.

Exponitur status controuersiæ. 1.

Si transigens transtulerit fundum proprium, quem antea suo creditori pignorauerat, in alterum, cum quo transegit, recepta ab eodem certa pecuniæ quantitate, & creditor ab eo, qui fundum illum receperat, recuperarit, instituta actione super proprietate rei, non potest ille, qui rem illam per transactionem receperat, experiri contrà eundem secundum creditorem. 2.

Secus, si secundus creditor instituerit tantum actionem hypothecariam. Ibid.

Quamuis per illam traditionem fundi in vim transactionis, illum recipiens acquisierit dominium, non tamen excludit hypothecariam. 3.

Disquisitio VII. Institutus fuerat Octauius ab Hermete auo suo hæres in omnibus suis bonis, aduersus quem Octauium, mortuo eodem Hermete, excitauit Demetrius controuersiam super eadem hæreditate. Per transactionem inter eosdem collitigantes conciliata fuit lis, & inita concordia ijs adiectis conditionibus, vt Demetrius Octauio res omnes hæreditarias, quas possidebat, traderet, & ipse certam pecuniæ quantitatem ab eodem Octauio reciperet. In executione conuentionis, seu transactionis Demetrius eidem Octauio prædium quoddam suum proprium tradidit, quod antea Hermeti oppignorauerat, quodque postea etiam alij creditori obligauerat. Rebus illis sic stantibus secundus ille creditor prosequens ius suum contra Octauium, qui ignorabat fundum illum fuisse antea oppignoratum Hermeti auo suo causam in iudicio obtinuit, & Octauius condemnatus est. Post rem iudicatam, & executam sententiam inter singraphas hæreditatis adinuenit Octauius chirographum, quo dicebatur per Demetrium fundum illum fuisse prius oppignoratum Hermeti suo principali, antequam obligaretur secundo creditori. Hic iam duplex excitatur articulus examinandus. Primus est, an non obstante exceptione rei iudicatæ possit Octauius prosequi ius suum aduersus secundum creditorem, qui causam in iudicio obtinuit. Secundus, an ex eo, quod per Demetrium ratione transactionis facta fuerit dimissio illius fundi, quin potius traditio in fauorem Octauij fuerit eidem Octauio acquisitum dominiũ in illo fundo, & per cõsequens, an in illo cessarit ius pignoris, & hypothecæ, quod ex persona Hermetis aui sui in illo habebat. Vterque hic articulus videtur excitari in textu *in l. si ex testante, §. Latinus Largus, ff. de except. rei iudicatæ*.

1 Conditiones quibus inita est cõcordia per transactionẽ.

Respondeo primò, ad primum cum distinctione, vel enim secundus creditor controuersiam in iudicio intentauit super proprietate rei, & causam in eodem obtinuit; vel intentauit solummodò hypothecariam super obligatione fundi oppignorati, & in eadem solummodò sententiam reportauit; si primò modo res se habeat, non

2 Dirimitur controuersia per distinctionem.

non potest Octauius experiri contra secundum creditorem, qui causam obtinuit in iudicio; si verò secundo modo vtique aduersus eundem experiri potest. Hoc expressè decidit *Paulus in d. l. ex sextante, §. Largus, ff. de except. rei iud., Valleronus de transact. tit. 5. q. 5. nu. 7.* Rationem primæ partis adducit idem Paulus, quia per talem sententiam de iure possessoris quæsitum est, quod tamen intellige quoad effectum, vt non possit rem eandem recuperare quoad proprietatem, sed dumtaxat in summum in vim pignoris, & hypothecæ, de qua tamen re inferius. Rationem item secundæ partis idem adducit, quia scilicet è conuerso de iure possessoris quæsitum non est, sed ad summum de sola obligatione, & contra illam obligationem potest experiri ratione præcedentis obligationis in sui fauorem inductæ. Sed hic immediatè oritur difficultas, an, si facta transactione, vel post rem iudicatam inuenta fuerint noua instrumenta, possit inuentor contrà transactionem, & rem iudicatam venire, sed de hoc dicetur ex occasione in sequenti disquisitione.

3 *Non excludit actionem hypothecariam antecedentem.* Respondeo secundò. Quantumuis per illam traditionem in vim transactionis factam per Demetrium Octauio fuerit acquisitum dominium in illo fundo Octauio, non propterea in fauorem eiusdem Octauij cessat actio hypothecaria aduersus alium creditorem *Antonius Faber lib. 7. coniecturarum c. 18., Valleronus de transact. d. tit. 5. q. 5. nu. 7., & 8.* hancque responsionem expresse habet *Paulus in dict. l. ex sextante §. Latinus Largus, ff. de except. rei iudic.* in hæc verba. *In proposita autem quæstione magis me illud mouet. Nunquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito; neque enim potest perseuerare domino constituto creditore; actio tamen pignoratitia competit. Verum est enim, & pignori datum, & satisfactum non esse. Quare puto non obstare rei iudicatæ exceptionem*; per quæ verba respondetur ad ea, quæ diximus supra *hoc eodem tertio tomo sub tit. de pignore, & hypotheca*, nempè confusione, scilicet successione creditoris in bona debitoris extingui ius pignoris, & hypothecæ, non enim potest quis habere hypothecam eorum, quæ plenè habet sub suo dominio; respondetur, inquam, quia, quantumuis dicatur propriè extingui per illam confusionem pignoris propter rationem mox adductam, non extinguitur tamen actio pignoratitia, nisi fuerit pecunia soluta, aut aliter creditori satisfactum; has enim conditiones exigit hæc actio, vt extinguatur per textum *in l. grecè, §. 1. ff. de pignor.*, hocque exprimitur

Non extinguitur actio pignoratitia.

in dict. l. ex sextante, §. Latinus Largus, dum dicitur, *verum est enim, & pignori datum, & satisfactum non esse*. Quod, si inquiras, quomodo possit subsistere, quod pignus extinctum remaneat per illam cōfusionem, viua tamen remaneat actio pignoratitia, seu hypothecaria, cum actiones nequeant remanere destructo contractu, ex quo pullulant, & tanquam ab origine oriuntur; tunc respondebo, hoc quodamodò ex iure dispositum esse, ne ille, qui fortius ius acquirit per dominium superueniens, destituatur iuribus, quibus antea præueniebatur, secus ex commodo ferret quodamodo incommodum, & augendo iura proprijs iuribus priuaretur. Quamobrem in eo dumtaxat verificatur, quod per dominium superueniēs destruatur pignoris ratio, & hypothecæ aduersus proprium debitorem, qui rem illam hypothecauerat, & aduersus ipsius hæredes, non autem quoad effectum aduersus alios tertios creditores, secus dominium quod in ipsius fauorem inductum est, in eius odium deflecteret, sicque in ordine ad eosdem iura firmarunt, quod vigeret actio hypothecaria, donec eisdem satisfieret, vel per actualem satisfactionem per solutionem, vel alio modo, quod cederet in extinctionem ipsius hypothecę, non quod cederet possessori ex titulo hæreditatis, vel alio iure. Dici etiam potest *cum Tiraquel de retract. §. 1. glos. 7. n. 70., Mantica de coniecturis lib. 7. tit. 7. num. 13., Thesauro lib. 3. qq. for. qu. 44. nu. fin., Merlin. de pignor. lib. 5. tit. 1. q. 14. n. 20.*, tunc tantum perimi ius pignoris, quando dominium acquiritur irreuocabiliter, secus quando reuocabilitèr; sed hæc responsio resistere videtur textui *in l. ex sextante, §. Latinus Largus*, in quo dicitur, quod non possit perseuerare pignus creditore domino constituto. Aliam rationem adducit *Valleronus de transact. tit. 5. qu. 5. nu. 8. in fin.*, dum dicit, quod, cum creditor ignoraret fundum illum sibi teneri in vim pignoris, & hypothecæ, non habuerit animum extinguendæ obligationis, sed parum referre posse videtur, quod illum animum non habuerit, quandoquidem ipsius superuenientis dominij natura non videtur compati cum hypotheca, & pignore, cum Dominus non videatur rem propriam posse sibi hypothecatam habere per textum *in l. neque pignus 45. ff. de reg. iuris l. si rem alienam 29. ff. de pignorat. actione*.

Ratio, cur acquisito dominio non perimatur actio hypothecaria.



§. VIII.

§. VIII.

An per inuentionem nouarum scripturarum possit dissolui transactio.

SVMMARIVM.

Exponitur status controuersiæ. 1.
Prætextu nouæ scripturæ, non potest transigens, qui rem controuersam alteri tradidit, experiri contra transactionem, illamque dissoluere. 2.
Excipe tamen in casu, quo alter transigens dolo subtraxerit eandem scripturam. 3.
Item in causa publica. 4.
Conciliantur iura in l. ex sextante, §. Latinus Largus, ff. de except. rei iud., & l. sub prætextu, C. de transact. 5.

1 Exponitur titulus cum facti serie. DIsquisitio VIII. Orta controuersia inter Sempronium aliquorum bonorum possessorem, & Caium super eisdem bonis, de quorum legitima possessione non constabat, discussisque ex vtraque parte iuribus dubijs tandem ope amicorum lis perempta est per transactionem, vigore cuius aliqua ex illis bonis fuerunt adiudicata, & concessa eidem Caio. Controuersia sic dissoluta tandem Sempronius instrumenta adinuenit, quibus ius ipsius in omnibus illis bonis legitimè apparebat. Hic suborta fuit quæstio, an Sempronius contrà præactam transactionem posset legitimè venire.

Rationes dubitādi exponuntur. Ex ijs, quæ dicta fuerunt in præcedenti disquisitione, videtur dicendum, vtique aduersus eandem venire posse; dum enim ibidem dictum fuit, quod inuenta scriptura, ex qua apparebat fundum, de quo agebatur, hypothecaria affectum esse versus eum, in quem per transactionem deuenerat, possit hypothecaria agere aduersus secundum creditorem, qui fundum illum reportauerat in iudicio, ex directo sequitur, quod inuentione nouarum scripturarum possit inuentor experiri, nec impeti possit exceptione rei iudicatæ, & per consequens neque exceptione transactionis, cum transactio, & res iudicata in plerisq; pari passu ambulent, vt suprà commendauimus. Quamobrem non percipio qua consequentia *Valleronus de transact. tit.6.q.3.n.13., & seqq.* afferat nouorum instrumentorum prætextu iura prohibere veniri contra transactionem per textum *in l. sub prætextu 19. C. de transact.*, dum antea docuerat *sub tit.5. qu.5. nu. 8.*, quod ille, qui nouam scripturam inuenerat, ex qua constabat de priori eius hypotheca, posset venire contra rem iudicatam, illamque à secundo creditore, qui eam in iudicio reportauerat, posse prosequi; quæ certè duo sibi consona non sunt, & ex quibus etiam adinuicem videntur aduersari iura *in dict. l. ex sextante, §. Latinus Largus, ff. de except. rei iudicatæ, & in l. sub prætextu 19. C. de transact.* His tamen non obstantibus.

Respondeo prætextu nouæ scripturæ non posse transigentem, qui rem controuersam alteri tradiderit, experiri contrà transactionem, illamque dissoluere *Perezius ad tit. C. de transact. n.21., Antonius Faber lib.16. coniect. cap.17. circa medium, Trentacinque lib.3. var. resol. tit. de transact. resol.1. nu.1. cum seqq., Ciriacus controuers. 128. num.34., Melchior. de Valentia Illustr. tract. lib.2. tract.2. c.6. nu.2.* Expresè colligitur *ex d. l. sub prætextu 19. C. de transact.* vbi sic legitur. *Sub prætextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur*, & confirmari potest paritate rei iudicatæ, quæ ex nouis instrumentis retractari non potest, *l. Imperatores 35. ff. de sententia, & re iudicata l. sub specie, C. eodem tit., & l. cum de hoc in fine, ff. de except. re iud. c. suborta de sent., & re iud.* 2 Non potest transactionē dissoluere

Limita tamen primò responsionem in hypothesi, qua alter transigens, vel per se ipsum, vel per seruum instrumentum subtraxerit ad effectum faciliùs consequendi transactionem; tunc etenim actione pristina, qui instrumentum inuenit, potest aduersus alterum agere, qui, si opponat rei iudicatæ exceptionem, replicatione doli mali submouebitur per textum *in dict. l. sub prætextu*. Si verò ex aliqua causa supponatur prima actio absolutè perempta, tunc poterit simpliciter agere de dolo intrà constitutum tempus, quod est biennij per textum *in l. optimum, ff. de dolo.* Sed, an in subtractione scripturæ possit agi de furto. Communior sententia docet, quod, si instrumentum fuerit penes subtrahentem, & celantem, & non contrectauerit, non detur actio furti per textum *in l. qui tabules, ff. de furtis*, si verò subtraxerit è manibus veri domini, & tunc detur actio furti, vide *Glosam in d. l. sub prætextu in addit. C. de transact.* 3 Nisi alter trāsigens dolo scripturam subtraxerit.

Limita secundò, in causa publica, in qua per inuentionem nouæ scripturæ veniri potest contrà transactionem per textum *in l. Imperatores, ff. de re iudic.*, quæ limitatio etiam extenditur ad causam Ecclesiæ *argument. auth. de non alienando, §. finimus col. 2.*, & ad causam pupilli, *l. Rom. publ. C. de iure Reipub. lib. 11.*, limitatur etiam, si scriptura inuenta fuerit testamentum, *l. Imperatores, §.1., & l.* 4 Vel nisi scriptura pertineat ad causā publicam

non

non est, ff. de re iud., & l. de his, ff. de transact.

1 Conciliantur textus, qui videtur oppositi.

Difficultas praecisè in praesenti est in conciliandis iuribus *in dict. l. ex sextante, §. Latinus Largus, ff. de exceptione rei iud., & in hac l. sub praetextu, C. de transactionibus*, & ijs, quae hic dicuntur, cum illis, quae dicta fuerunt in praecedenti disquisitione, ad quae debebat reflectere *Valleronus de transact. loc. cit.* Dicendum est igitur *in d. l. ex sextante, §. Latinus Largus*, concedi actionem pignoraticiam ei, qui nouam scripturam de pignore, seu de hypotheca inuenit, quia in iudicio per secundum creditorem aduersus ipsum intentato non fuit actum de priori hypotheca, adeoque non est, cur eadem non possit experiri; *in d. verò l. sub praetextu* actum supponitur de iure eius, qui transegit, & per inuentionem scripturae clarior probatio dumtaxat inuehitur de re, de qua est actum, non autem inducitur ius de nouo, & distincto titulo; atque in hanc conciliationem sic conceptam consensit *Glosa in d. l. ex sextante in fin. princip.*

---

§. IX.

Quaenam comprehendat transactio; siuè super petitione generali, siuè particulari facta per contrahentes.

SVMMARIVM.

Exponitur casus, & rationes dubitandi. 1.
Si petitio fuerit particularis in ordine ad determinatam rem, & transactio super eadem etiam fuerit singularis non extenditur ad alias res. 2.
Extenditur tamen ad connexa, & dependentia. 3.
Si petitio fuerit specialis ex vno titulo, & transactio etiam talis non excludit actionem ex alio titulo. 4.
Secus, si petitio fuerit specialis circa res determinatas, sed transactio vniuersalis quoad actiones. 5.
Si in transactione nil fuerit dictum, an sit generalis, vel specialis quoad actiones, quid sit praesumendum. 6.
Si petitio fuerit generalis, & transactio etiam talis extenditur ad omnia etiam non cogitata. 7.
Excipe, nisi fuerint occultata ex dolo. 8.
Si petitio fuerit particularis, & transactio generalis generalitate se tenente, tum ex parte actionum, quàm rerum, ex verborum qualitate contestandum est, ad quanam extendatur, & quomodo. 9.

Disquisitio IX. Excitata fuerat controuersia per Caium aduersus Franciscum in ordine ad eiusdem Francisci bona vendicanda, & in ea facta fuit petitio, vel generalis super omnia bona, vel specialis in ordine ad aliqua bona specialia, super quibus ius praesumebat habere. Re hinc indè discussa tandem inita est inter eosdem concordia. Hic multiplex alia suborta est controuersia. Prima est, an, si fuerit dumtaxat specialis petitio in ordine ad determinatas res, & quoad eas secuta fuerit transactio, excludat petitionem in alijs rebus, super quibus de proprio iure transigens contendit. Secunda, an, si fuerit specialis petitio ex vno titulo, & facta super eadem transactio possit adhuc super eadem re ex nouo titulo fieri petitio, & excitari controuersia. Tertia, an, si petitio fuerit generalis, & generalis etiam fuerit transactio, extendatur ad omnia, etiam ad incognita. Quarta, quid sentiendum sit, quando petitio fuit specialis, & transactio generaliter concepta. 1 Controuersiae sub hoc titulo dirimendae.

Respondeo primo, si petitio fuerit particularis in ordine ad determinatam rem, & transactio super eadem fuerit etiam singularis, tunc eadem transactio non extenditur ad alias res *Padilla ad l. si de certa num. 5. C. de transact., Aluarus Valascus consult. 39. num. 5., Molina de iust., & iure disp. 558. concl. 1.* Expressè cauetur *ex l. age, C. de transact. l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis*; Nec incongrua sanè ratione haec decernuntur, quandoquidem transactio cadit super ea, de quibus agitur, & quae controuertuntur; controuertuntur autem eadem bona solummodo particularia, adeoque super illis cadit solummodò compositio; neque ex eo, quod actor petitionem solummodo fecerit super illis rebus praesumendum est, quod cesserit alijs iuribus suis in alijs bonis, cum controuersia de vno non habeat connexionem cum controuersia de alio. 2 Transactio singularis super petitione particulari non extenditur ad alia.

Hic tamen remanet ambigendum, an, si transactio fuerit particularis, & de re particulari extendatur etiam ad connexa, & dependentia ab illa re. Sentiendum est affirmatiuè *Glosa vlt. l. si cum tibi, C. iudic.*, vbi asserit, quod, quando vna species pendet ex alia, tunc causa principali finita, non possit de hac accessoria plus quaeri *argum. l. 4. ff. depositi*, redditque rationem, quia *sic accessorium non est species per se, sed pars speciei*, atque idem sentit *Padilla ad l. si de certa num. 5. ff. de transact.* 3 Extenditur ad connexa.

Res-

4 Respondeo secundò. Si petitio fuerit specialis ex vno titulo, & facta super eadem re, transactio tunc extenditur solummodò ad eandem rem ex eodem titulo, nec excludit actionem ex alio titulo; secus autem, si petitio fuerit specialis circa res determinatas, sed transactio fuerit vniuersalis quoad actiones, quatenus cedat eidem rei, non solum illo, sed ex alio quocunque titulo sibi competente *Bartolus in l. si de certa, C. de transact., Panormitanus c. 1. eod. tit. in fin., Molina de iust. & iur. disp. 558. concl. 2. per tot.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia petitio particularis de certa re, & etiam transactio particularis de eadem re secuta per superius probata, & commendata non extenditur ad aliam rem non petitam, & de qua non facta fuit transactio; adeò vt possit noua petitio super illa alia re fieri, ergo etiam transactio cum petitione particulari de certa re ex vno titulo determinato, non erit extendenda ad eandem rem ex alio titulo distincto. Consequentia probatur, quia, sicuti vna res non communicat cum alia, ita nec vnus titulus in eadem re cum alio communicat, ergo per cessionem rei ex vno titulo non intelligitur facta cessio eiusdem ex alio titulo, & sicuti aduersus eandem potest agere ex duplici titulo, siue coniunctim, siue separatim, ita non est, cur discussa re ex vno titulo non possit iterum discuti ex alio; Atque ex hoc magis firmatur id, quod supra dicebamus in præcedenti disquisitione in fine, quod scilicet ille, qui ex vi transactionis consecutus fuit fundum sibi antecedenter oppignoratum, licèt de oppignoratione ignoraret, si conuentus fuerit à secundo creditore, qui rem illam oppignoratam habebat, & superatus, possit ex nouo titulo, sibi ratione hypothecæ præcedentis, & postea cognitæ competentis rem illam prosequi, & auocare ab eodem secundo creditore.

Non excludit actionem ex alio titulo.

Vnus titulus non communicat cũ alio.

5 Ratio secundæ partis ex eo deducitur; quia illa transactio generalis quoad actiones, licèt super petitione speciali quoad rem debet aliquid operari; clausulæ enim omnes in instrumentis appositæ debent sumi cum effectu, vt ex vulgatis iuribus innotescit; non esset autem illa transactio cum generali cessione omnium actionum ex quocunque titulo operatoria, & efficax, si perimeret tantum actionem ex illo titulo, sub quo petitur, vt per se patet, quandoquidem actio ex illo titulo perimitur per solam cessionem ex eodem, ergo, vt dicatur aliquid operari, debet intelligi de peremptione actionis ex quocunque titulo.

Illa generalitas quoad actiones debet aliquid operari.

6 Hic suboritur immediatè difficultas, an, si in transactione nihil fuerit expressè dictum, an sit generalis quoad actiones omnes ex quocunque titulo, an verò solum specialis ex titulo, de quo facta fuit petitio, intelligendum sit de generali, an verò solummodò de speciali. Quia in controuersia distinguit, *Molina loc. cit.* iuxtà qualitatem petitionis; vel etenim petitio facta fuit ex illo dumtaxat speciali titulo expresso, & tunc præsumendum est, quod cesserit solummodò actioni ex titulo, quo facta fuit petitio; vel petitio facta fuit de re speciali in genere per assertionem præcisè, quod ad se competeret, & tunc præsumendum est, quod cesserit actioni ex quocunque titulo. Assentior distinctioni Molinæ, cui etiam fauent *Bartolus in d. l. si de certa, C. de transact., & Panormitanus in c. 1. eod. tit. in fine.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quia transactio præsumitur facta super petita, & non vlterius. Ratio verò secundæ ex eo, quod qui cedit rei, quam absolutè petit, præsumitur cedere cuicunque iuri sibi in illa re competenti.

Quid sit sentiendũ, quando nil est expresse dictum de generalitate.

Respondeo tertiò. Si petitio fuerit generalis super rebus omnibus, & transactio etiam generalis super omnibus fuerit secuta, extenditur hæc ad omnia, & etiam ad non cogitata *Aluarus Valasc. consult. 39. num. 6., Padilla ad d. l. si de certa n. 2. C. de transact., Molina d. disp. 558. concl. 3.* Colligitur *ex l. sub prætextu specierum, C. de transact.* vbi sic legitur. *Sub prætextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi prohibent iura*; vbi Glosa expressò, quod nihil de aliqua re fuerit actum, nec cogitatum in transactione, asserit non posse rescindi transactionem, sed tenere quoad omnia, & etiam quoad illud non cogitatum; & certè rectæ rationi innititur responsio, quandoquidem in illa generali transactione comprehenduntur omnia, & generalitas etiam extenditur ad non cogitata, nisi facta fuerit exceptio, nam licèt expresse illa non fuerint cognita, fuerunt tamen virtualitèr cognita in ratione generali concepta in illa transactione. 7

Extenditur etiam ad non cogitata.

Generalitas extenditur etiam ad non cognita.

Aduerte tamen, quod, si illa non cogitata fuerint ex dolo alicuius ex transigentibus occultata, tunc ex præsumptione non intelligantur comprehensa in illa generali transactione per textum *in l. tres fratres, ff. de pactis.* 8

Dolus nõ fauet autori.

Respondeo quartò. Si petitio fuerit particularis, & transactio generalis generalitate quidem non tam se tenente ex parte actionum, sed etiam rerum, tunc ex qualitate verborum, quibus concepta est transactio, est dignoscendum, an transactio extendatur ad omnes res, an verò tantùm ad res petitas, si enim verba possunt appropriari soli petitioni, tunc 9

non est extendenda transactio ad alias res omnes, sed restringenda ad petita; si verò verba sint talia, vt salua ipsorum substantia non possint rei particulari petitæ adaptari, tunc ad omnia extendenda est *Bartolus in l. emptor, §. Lucius, ff. de transact., Aluarus Valascus consul. 39., Molina d. disp. 558. concl. 4.* Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod regulariter sententiæ procedunt secundum petita, & non extenduntur, nisi qualitas verborum ex necessitate aliud indicet, & sequentia iuxta ea intelliguntur, quæ præcesserunt quandò aliud non obstat in contrarium *l. si de certa, C. de transact., & l. qui cum tutoribus in princip. ff. eod. tit.* Ratio secundæ partis ex eo deducitur, quia conuentiones debent intelligi secundum verba, secundum quæ fuerunt conceptæ, & qui cedit, debet sibi imputare, quod cesserit verbis prægnantibus, quæ se extendant ad omnia, nec possint secundum proprietatem verborum restringi ad singularia, prout rectè notauit *Molina d. disp. 558. in 4. conclus.*

Ex contextu verborum coniectãdum est.

Sententię procedũt secũdum petita.

---

§. X.

An super iure patronatus Ecclesiastico possit transigi.

SVMMARIVM.

Varij sensus, secundum quos potest accipi quæsitum. 1.
Pro aliquo temporali non potest transigi super iure patronatus. 2.
Cum vniuersitate bonorum potest indirectè etiam transigi super iure patronatus. 3.
Super honoribus, & præeminentijs prouenientibus à iure patronatus potest validè transigi. 4.
Si contingat controuersia super forma præsentandi inter plures patronos possunt inter se transigere; vt alternis vicibus præsentent. 5.

1 DIsquisitio X. Annexum erat ex dispositione institutoris ius quoddam patronatus Ecclesiasticum in ordine ad præsentandum ad beneficium hereditati per eundem Testatorem relictę. Suborta hinc fuit controuersia inter patronum institutum, & tertiam quandam personam contendentem sibi, vel ex propria conditione, vel ex aliquo alio titulo ius illud deberi, vel super ipso iure patronatus directè, & immediatè, vel super ipsa hereditate, & per consequens etiam indirectè, & mediatè super ipso iure patronatus; vel fortè etiam controuersia excitata est inter duos compatronos super forma præsentandi. Hic iam oritur multiplex difficultas; prima, an directè super ipso iure patronatus possit transigi accepta certa pecunię quantitate. Secunda, an possit transigi super vniuersitate bonorum, cui annexum est tale ius patronatus, adeò vt in transactione eiusdem veniat etiam ipsum ius patronatus. Tertiã, an, si non possit directè transigi super ipso iure patronatus, possit saltem transigi super honoribus, & præeminentijs ex ipso competentibus. Quarta, an inter compatronos possit transigi super forma præsentationis.

Exponũtur varij sẽsus difficultatis propositę.

Respondeo primò, directè pro aliquo temporali non posse transigi super ipso iure patronatus *Ciarlinus controu. 107. num. 82., & seqq., Rochus de Curte de iure patronatus verb. ius q. 1., Lambertinus de iure patron. lib. 3. q. 9. art. 6., Flaminus de Confidentijs q. 28. num. 187., Sotus lib. 9. de iust. q. 7. art. 1., Suarez de Simonia c. 51. num. 6., & 7.* Clarè liquet responsio ex iis, quę docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus VII. de permutat. in disquis. §. 23. num. 4. vers. probatur responsio*, nam ius patronatus est materia simonię, illudque vendens est simoniacus *D. Thomas secunda secundæ qu. 100. art. 4., & in 4. dist. 25. art. 2., D. Antoninus 2. part. tit. 1. cap. 5. §. 2., Redoanus part. 3. c. 13. num. 22., & seqq., Panormitanus in c. quærelam de simonia*, ergo super illo non potest transigi accepta pecunia, quandoquidem simonia committeretur. Deindè ius patronatus non potest pro aliquo pretio ęstimabili commutari per ea, quę dicta sunt *eodem tom. 2. loc. cit.* ergo neque super illo potest transigi accepta pecunia, cum huiusmodi transactio habeat speciem quandam permutationis; Neque dicas, licitum esse beneficiario redimere vexationem etiam per solutionem pecunię per ea, quę docuimus *tom. 3. sub tit. Contractus VIII. de simonia Disq. 1. §. 17.*, & docent *D. Thomas secunda secundæ q. 100. art. 2. ad 5., Sotus lib. 9. de iust. q. 6. art. 1., Redoanus 3. part. c. 22. num. vlt., Suarez lib. 4. c. 50. num. 2., Nauarrus consil. 31. per c. dilectus 2. de simonia*, ergo etiam Patrono licitum erit redimere vexationem per alium intentatam super iure patronatus interuentu alicuius pecunię conuentę, adeoque etiam retento eodem iure transigere per solutionem alicuius pretio ęstimabilis; non minùs enim est materia simonię beneficium, ac sit ius patronatus, cum hoc inuoluat secundum se aliquid spirituale. Contrà enim impugnaberis; nam peto, vel per talem transactionem Patronus dimittit ius, illudque transfert in alterum colligantem accepta pecuniæ certa quantitate; vel illud apud se retinet soluta alteri illa pecunia; Si primum dicatur; iam ex se patet

2 Non potest transigi pro temporali.

Instantia proposita, & in sua radice dissoluta.

patet, quod conferatur ius spirituale, vel spirituali annexum pro re temporali, adeoque, quod committatur simoniaca prauitas; Si secundum, vel jus alterius contendentis super illo iure patronatus esset innixum alicui rationi probabili, vel manifestè iniustum, & imaginarium. Iuxtà primum sensum adhuc simonia committeretur per ea, quæ in similibus terminis loquuntur *Nauarrus conf. 41. num. 1. de Simonia lib. 5., & in conf. 55. eodem, Abbas in cap. cum dilectus num. 4. vers. si verò iustè vexetur de simonia, Gulielmus Redoanus in tract. de simonia 3. part. cap. 22. in princip. vers. 4., Vgolinus de simonia tab. 1. cap. 9. §. 8. num. 7.* de beneficiario iustè vexato ab alio super beneficio obtento, qui certè sic se redimēdo à vexatione per pecuniam committeret simoniam, quia per illam pecuniam acquireret ius plenum, & perfectum in beneficio, quod priùs erat incertum, propter iura rationabilia alterius, quapropter docet *Ognate tract. 23. de simonia disp. 84. sect. 12. 2. part. num. 268.*, quod, si spirituale quęsitum sit dubium, nequeat vexationis circa illud redimi, quia per pecuniam acquireretur ius spirituale plenum & perfectum, quod priùs non erat; quæ omnia verificarentur etiam in iurepatronatus dubio, quod vtique per redemptionem illius vexationis iustæ acquireretur secundum esse plenum, perfectum, & indubitatum, & vtique per pecuniam, quod redolet simoniacam prauitatem, quę versatur circa quodcunque ius spirituale, vel spirituali annexum. Iuxta secundum membrum difficultas non potest vrgere, quandoquidem transactio non potest esse, nisi circà dubia iura, & litem incertam, quæ certè non est, vbi ius alterius contendentis est iniustum, & imaginarium. Deindè in hac hypothesi, si adstrueremus licitam esse hanc transactionem, nihil contrà assertionem, quæ procedit solummodò, quando est aliqua iusta vexatio.

3 Cum vniuersitate bonorum etiam transigitur super iure patronatus.

Respondeo secundò. Cum vniuersitate bonorum potest indirectè, etiam transigi super iure patronatus *Molina lib. 1., Hispan. primog. cap. 24., Salgado in Labirint. credit. 3. part. cap. 5. num. 1., & seqq., Augustinus Barbosa tom. 6. prætermis. in clement. 2. de sent., & re iudicata num. 11., Olea de cess. iur. tit. 3. q. 8. num. 26.* Consonat cum ijs, de quibus latè diximus, nam, quantumuis ius patronatus secundum se nequeat pecunia alienari, nec diuendi, nec permutari, potest tamen cum vniuersitate bonorum, cui est annexum, alienari, vendi, & permutari, sicut enim bona, quibus est annexum, possunt sic alienari, ita, & ipsum, cum accessorium semper sequatur naturam sui principalis, ergo etiam, quantumuis super iure patronatus secundum se sumpto nequeat transigi, poterit tamen super illo indirectè transigi cum vniuersitate bonorum; ratio enim, quæ primum euincit, efficacior est ad euincendum consequens, nam fortior ratio obsistit alienationi simpliciter, quam transactioni, cum illa respiciat ius certum, hæc ius nonnisi incertum, & dubium.

4 Transigitur super præeminentijs temporalibus.

Respondeo tertiò, super honoribus, & præeminentijs merè temporalibus, quæ proueniunt à iure patronatus potest licitè fieri transactio *Salgado in Labirint. credit. cap. 5. num. 48., Olea de cess. iur. part. 3. qu. 8. num. 23., August. Barbosa in cap. abolenda de sepult. num. 3., Valleronus de transact. tit. 3. qu. 6. num. 43., & seqq.* Pro quo scias, multa priuilegia, plerasque prærogatiuas, & præeminentias competere patronis in Ecclesia, in qua habent ius patronatus, sedendi scilicet in honorabiliori loco, & ambulandi propè Prælatum in processionibus, suscipiendi ante alios omnes primam turificationem, calendas &c. prout habetur *in cap. nobis de iurepatronatus, Rocbus de iure patronatus verbo Honorificum qu. 63. num 98., Lambert. eodem tit. lib. 4 q. 1. art. 1., Mantica decis. 244. num. 1., August. Barbosa de vniuers. iure Ecclesiastico lib. 3. c. 12. n. 214. & seqq.* Quinimmò habet ius habendi in ea scamnum in honorabiliori loco *Perez de Lara de anniuer. lib. 1 cap. 24. num. 10., & seqq., Salgado de Reg. potestate 2. part. c. 2. num. 24.*, quod in summarijssimo est manutenibile *Posthius de manutent. obseruat. 18. num. 24., & seqq.* Plura de ijs prærogatiuis, & præeminentijs vide apud *Valeronum de transact. dict. tit. 3. quæst. 6. à nu. 45., vsque ad 50.*

Priuilegia competentia patronis.

Probatur iam responsio, quia huiusmodi prærogatiuæ, & præeminentiæ sunt secundum se quid temporale, nec ab aliquo iure, siue ciuili, siue Ecclesiastico prohibentur alienari, ergo non est, cur super ijs non possit transigi. Consequentia tenet, quia, quod non prohibetur alienari, non prohibetur etiam transigi. Antecedens verò probatur, quia hæc omnia secundum se considerata nullā inuoluunt spiritualitatem, cum possint esse cōmunia alijs ex alio titulo merè temporali, & quoad ea iura non disponunt, quod nequeant quocunque titulo alienari; Neque dicas, quod hæc omnia consequantur ad ius, quod est spirituale, & quod, quantumuis possint haberi ab alio titulo merè temporali, prout tamen proueniunt à titulo iuris patronatus, non possint esse, nisi merè spiritualia, vel saltem spiritualibus admixta; contrà enim impugnaberis; non enim omne, quod consequitur ad ius spirituale, est spirituale, & prohibitum alienari, sicuti est prohibitum ipsum spiritua-

Huiusmodi pręeminentię sunt quid temporale.

le, ad quod consequitur, sic redditus prouenientes ex beneficio consequuntur ad ipsum beneficium, quod est spirituale, nec tamen ipsi sunt spirituales, & prohibiti alienari, sicuti prohibetur alienari ipsum beneficium. Hac ratione docet *Gratianus decis. Marchiæ 232. in addit. nu. 1. usque ad 5.*, quod etiam inter personas Ecclesiasticas potest esse compromissum, & per consequens etiam transactio super præcedentia incedendi in processionibus, quantumuis illud ius sic procedendi proueniat ex ordine Ecclesiastico, qui est mere spiritualis. Ad illud, quod subditur, quod scilicet illæ præeminentiæ, prout proueniunt à iure patronatus, non possint esse, nisi merè spirituales, dicendum est, non subsistere propter eandem rationem, quia non omne, quod a spirituali principio prouenit, est spirituale, vt ostendimus in redditibus &c.

5 Possunt côuenire de alternatiua præsentatione. Respondeo quartò, si contingat controuersia super forma præsentandi inter plures compatronos, possunt inter se transigere, vt alternis vicibus præsentent *Augustinus Barbosa de potestate Episcopi allegat. 71. num. 30., & in Clement. plures de iure patronatus num. 5., Valleronus de transact. d. tit. 3. qu. 6. num. 51.* Expressè habetur *in dict. Clem. plures de iure patronatus*, & æquitati, rationique innititur; æquitati quidem, quia per hoc facilius fit prouisio Ecclesijs; Nô transfertur ius spirituale. rationi, quia per hoc non transfertur ius spirituale in eum, in quo priùs non erat, & talis alternatio non minuit aliquid de esse spirituali, nec aliqua ratione lædit ius Ecclesiasticum.

---

§. XI.

An super decimis possit esse validè transactio.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ exponitur. 1.
Inter Ecclesias potest esse transactio super iure decimarum accedente Episcopi auctoritate, dummodò non refundatur aliquid temporale. 2.
Super decimis præteritis potest absolutè transigi, non solum inter Ecclesiasticos, sed etiam inter Ecclesiam, & Laicum, etiam sine Episcopi auctoritate. 3.
Auctoritate Episcopi interueniente potest inter personas Ecclesiasticas, & Laicales transigi super iure soluendi, ac recipiendi decimas quoad locum, & tempus. 4.

1 DIsquisitio XI. Ex aliquo beneficio legitimè constituto mos erat beneficiario consequendi decimas, quarum ius ex *D. Thomas secunda secundæ q. 87. art. 3. & ex Cardinali in Clem. dispendiosa de iudicijs q. 14., Barbosa de vniuerso iure Ecclesiastico cap. 26. num. 3.*, est spirituale, vel saltem spirituali annexum; alius a beneficiario ex prætenso quodam iure sibi competente super iure ad easdem decimas controuersiam excitauit, ad quam componendam facta fuit transactio. Hic noua est excitata controuersia, an huiusmodi transactio teneret.

Respondeo primò, si transactio fieret inter personas Ecclesiasticas super decimis in futurum soluendis, adeò vt ius ad illas transiret ab vna Ecclesia in aliam accedente Episcopi auctoritate potest esse valida, si pro iure ad decimas, quod in alteram Ecclesiam transfertur, refundatur quid aliud spirituale, vel spirituali annexum, secus, si certa, & conuenta pecuniæ quantitas *Petrus de Ancharano c. fin. num. 4. de rer. permut., Rebuffus de decim. qu. 13. n. 16., Moneta eodem tract. de decim. c. 5. n. 119., Ruinus cons. 142. nu. 13. vol. 5., Fagundez in quinque præcepta Eccles. præcept. 5. lib. 3. cap. 1. num. 2., Marcus Antonius Genuensis in praxi Archiepiscopali Neapol. cap. 60. num. 19., Azorius instit. mor. part. 1. lib. 7. c. 26. qu. 5., Trullench. ad præcepta Decalogi tom. 1. lib. 3. cap. 3. dub. 111. num. 12.*, & quoad secundam partem nos ipsi docuimus *tom. 2. sub tit. Contractus VI. de permut. in disqu. §. 24. num. 2., & idem Ancharanus loc. cit.* 2 Inter Ecclesias potest fieri trâsactio super iure decimarû accedête Episcopi auctoritate.

Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod ius ad decimas non minus est spirituale, & proueniens a spirituali principio, & ordinatum ad finem spiritualem, ac sit ius patronatus, quandoquidem idem ius ad decimas institutum est ex iure Diuino, & ordinatur ad recognitionem vniuersalis dominij Dei, sed accedente Episcopi, vel superioris auctoritate ius patronatus potest cum beneficio, vel cum Ecclesia commutari per ea, quæ docuimus *eodem tom. 2. sub eodem titulo in disqu. §. 23.*, ergo etiam poterit permutari ius ad decimas accedente eiusdem Episcopi auctoritate cum aliquo spirituali, vel eidem annexo, ergo etiam poterit transigi resignandò idem ius ad decimas, & recipiendo ius aliquod spirituale, vel spirituali annexum; Nec improbanda est huiusmodi transactio ex eo, quod quodamodo per illam consequatur alienatio iuris cuiusdam spiritualis, & Ecclesiastici, quæ vetita est per extrauag. Pauli II. Incip. *Ambitiosæ* atque alia iura; Non, inquam, improbanda est ex hoc capite, quia huiusmodi iura prohibent, ne bona Ecclesiastica alienentur extrà Ecclesiam, non autem ne transferantur, seu transferri possint de vna Euincitur paritate iuri patronatus. Alienatio inter Ecclesias nô est prohibita.

vna in alteram Ecclesiam maximè accedente Episcopi auctoritate; nam semper verificatur, quod ius illud percipiendi decimas esset penes Ecclesiam, quæ vna est, quamuis sit diuisa in plures particulares, *Valenzuela conf* 88. *num*. 35.

Dixi, *accedente Episcopi, vel Superioris auctoritate*, quod non solum dixerim propter paritatem eorum, quæ diximus *dict. tom*. 2. *loc. cit. disquis*. §. 23. *num*. 2. de iure patronatus, quod commutari non potest cum beneficio per solam patroni, & beneficiarij auctoritatem sine approbatione Episcopi, sed etiam propter id, quod asserit *Valleronus de transactione dict. tit*. 3. *qu* 7. *num*. 53., ne scilicet fiat præiudicium alicui particulari Ecclesiæ per talem transactionem non cognita causa, quæ certè per Episcopum, & Superiorem debet de iure cognosci, & Ecclesia illa destituatur ratione illius sacrorum cultu, & ministrorum fulcimento.

Ne præiudicium fiat particulari Ecclesiæ.

3 Super decimis preteritis absolutè transigitur.

Respondeo secundò. Super decimis præteritis non solùm licitè transigi potest sine Episcopi auctoritate inter personas Ecclesiasticas, sed etiam inter Ecclesiasticam, & Laicalem, *Rebuffus de decim. quæst*. 13. *num*. 25., *&* 33., *Moneta eodem tract. de decim. cap*. 5. *num* 128., *Fagundez loc. cit. cap*. 2. *num*. 7., *Petrus Barbosa in l. si filio*, §. *fin. num*. 20. *ff. solut. matrimonio*. Ratio esse potest, quia huiusmodi decimæ præteritæ licet prouemant ex iure spirituali, & Ecclesiastico, secundum se tamen sumptæ sunt quid merè temporale, sicuti sunt fructus beneficij inexacti, & per transactionem eorum nullum præiudicium infertur Ecclesiæ, sed tantum beneficiario habenti ius ad illas, & decimæ præteritæ computantur, ac si essent decimæ collectę, de quibus beneficiarius potest disponere sine vlla penitùs Episcopi auctoritate etiam in personas Laicas, ergo super illis fieri poterit transactio, sicuti potest fieri super fructibus beneficij iam perceptis. Confirmatur paritate etiam per *Valleronum loc. cit*. adducta de alimentis, quæ quatenus futura sunt, non possunt transigi sine Iudicis auctoritate, quatenus verò sunt præterita, possunt transigi etiam sine illa, ergo etiam &c.

Sūt quid mere tēporale.

4 Etiam super iure soluendi quoad tempus, & locum

Respondeo tertiò. Auctoritate Episcopi interueniente potest inter personas Ecclesiasticas, & Laicales transigi super iure soluendi, & recipiendi decimas quoad tempus, & locum *Rebuffus loc. cit. qu*. 13. *n*. 29., *Fagundez loc. item cit. cap*. 2. *qu*. 14., *Augustinus Barbosa de officio, & potestate Episcopali allegat*. 121. *nu*. 16. Ratio ex eo desumitur, quia per hoc solum inducitur quædam commoditas, vel respectu populi soluere debentis decimas, vel maior facilitas Parochi exigendi, nec quoad substantiam ius Ecclesiæ læditur.

---

§. XII.

An super matrimonio transigi per consortes possit.

SVMMARIVM.

Exponitur ratio difficultatis. 1.

Nec contrahentes super iure respiciente substantiam contractus possunt transigere, nec in arbitros compromittere, sed ad Episcopum recurrendum est. 2.

Puniuntur compromissarij cognoscentes quoad causas matrimoniales. 3.

Nec etiam incidentèr possunt super has causas cognoscere. 4.

Disquisitio XII. Contracto iam matrimonio inter Theodoricum, & Calisroniam seruatis omnibus Ecclesiæ ritibus, ijsque, quæ in hoc genere requisita sunt, excitata fuit inter eosdem coniuges controuersia super aliquo iure dubio, ratione cuius alter matrimonium dissoluere contendebat. Hic dubitari contingit, an possint inter se in huiusmodi causa transigere, vel eandem in arbitros compromittere.

1 Facti series in suis terminis.

Respondeo, nec partes posse per se super illo iure in causa matrimoniali respiciente substantiam eiusdem matrimonij transigere, nec illud in arbitros compromittere, sed ad solum Episcopum pertinebit super illo iure iudicare *Coaruuias de sponsal. part*. 2. *cap*. 8. §. 12. *num*. 2., *Gutier. lib*. 1. *can. qq. cap*. 17. *num*. 18., *Sanchez de matrimonio lib*. 2. *disp*. 14 *num*. 1. *vers* 9., *Franciscus Molina de ritu nupt. lib*. 2. *dissert*. 9. *num*. 1. Ratio autem huius responsionis ea est, quia vinculum matrimoniale est omninò indissolubile, nec pendet a voluntate transigentium, ergo, quia insolubile est, non poterit per transactionem dissolui, quia non pendet à voluntate transigentium, nec ipsi possunt se ingerere, nec cognitionem, & arbitrium in compromissarios transfundere, quia cum quoad hanc causam non habeant, nec velle, nec posse, non possunt vi tali quid transferre in arbitros, & compromissarios, qui totam potestatem, quam habent, acquirunt à voluntate compromittentium. Deindè, vel matrimonium illud, de quo agitur, est validum secundum se, vel supponitur inualidum ex aliquo impedimento vero, & reali secundum se dirimente; Si validum est, non potest ex insolubilitate vinculi dissolui, adeout nec Summus Pontifex sine legitima causa

2 Nequeūt trāsigere, nec compromittere.

causa de plenitudine potestatis possit dirimere *Sanchez de matrimonio lib.2. disp.14.*, *& lib. 10. disp. 1. num. 12.*, *Augustinus Barbosa lib.3.decis.123.nu.11.*, *& in collect. ad l. si constante, C. de repud. hæred. num.2.*, Si inualidum, vel est tale expresse, & sine vlla penitus exceptione, sicque corruit secundum se, nec indiget transactione, quinimmò, nec transactio esse potest, cum solum possit esse de iure dubio, & de lite incerta; vel est tale tantùm sub dubio, & sic hæc controuersia super hoc dubio soli Episcopo reseruatur, adeovt, nec ipsi consortes, nec compromissarij possint in ea se ingerere per textum *in cap. accedentibus de excess. Prælat, cap. multorum 35. qu. 6. cap. auditis de præscript.*, hocque expressè decernitur *ex Tridentino sess.24. de reformatione cap.20. vers. ad hæc*; nec incongrua sanè ratione hoc statutum est, quandoquidem, si ex transactione coniugum quomodocunque penderet causa matrimonialis, quatenus per se possent transigere, vel cognitionem transfundere in arbitros ex propriæ voluntatis arbitrio, possent, vel confiteri impedimentum, quod non est, vel occultare, quod est, & sic de facili rueret arctissimum Sacramenti vinculum, cui absurditati obuiare voluerunt iura cognitionem hanc solis Episcopis reseruando.

3 Hæc adeò vera sunt, vt, nec per se consortes transigere valeant, nec quæstiones matrimoniales in arbitros compromittere per ea, quæ habentur *in cap. penult. de in integrum restitut.*, *& per Gloss. in cap. fin. de consanguin.*, *& affinit.*, *& in l. non distinguamus*, *§. Iulianus*, *ff. de recept. arbitr.*, *vt Ruiger Rulant. de commiss. lib. 8. c. 2. nu. 39.* referat punitos fuisse quosdam compromissarios Iudices, qui ausi sunt de causa matrimoniali cognoscere, & iudicare, vndè meritò *Romanus consil. 299.*, absolutè concludit arbitros, & Iudices compromissarios non posse, nec principalitèr, nec incidentèr in causa matrimoniali cognoscere, & definire, etiamsi compromissarius electus esset Clericus *Couaruuias de Sponsalibus part.2. cap. 8. §.12. num.2. vers. immò*, hocque euincitur ex ijs, quæ dicuntur in *cap. 1. de consanguin.*, *& affinit.* ex quibus reijcitur sententia *Anguiani lib.3. de legibus controu. 33. num. 50.*, contendentis Rectorem vniuersitatis posse cognoscere in causis matrimonialibus inter personas studij ex eo, quod fortasse existimat ipsius iurisdictionem ordinariam esse; quantumuis enim ipsius potestas esset ordinaria, non extenditur tamen ad causas matrimoniales, quæ præcipuè reseruatæ sunt Episcopis ex *Trident. loc. cit.*

Pœna contrà compromissarios iudicantes in hac causa.

4



§. XIII.

An transactio, quæ non valet, vt transactio, sustineri debeat alio titulo, si possit.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.

Regularitèr, si non valet, vt transactio, sustinetur sub alio titulo, si potest. 2.

Paritate sententiæ inualidæ euincitur, quæ fuerit à partibus acceptata. 3.

Opponitur argumentum desumptum ex alibi dictis de contractu nullo, & simul dissoluitur. 4.

1 DIsquisitio XIII. Orta contentione inter duos Sempronium scilicet, & Meuium super quodam iure per eosdem prætenso; deuenerunt tandem per concordiam ad transactionem. Inualida, vel ex errore, vel ex aliqua causa substantiali cognita fuit transactio, vnde orta fuit ratio dubitandi, an, si illa conuentio sustineri non possit in vim transactionis, sustineri tamen debeat in vim simplicis pacti, quando hoc etiam ex natura sua non irritatur, vel sub aliquo alio titulo.

Status controuersiæ expositus

2 Respondeo, quod vbi nullitas fuerit, tàm in transactione, quàm in parte, & quocunque alio titulo, si sustineri non possit transactio in vim transactionis, sustineri debeat sub alio titulo, nisi constet de mente contraria transigentium *Calderinus cons. 101. transactio, quæ non potest alias 2. de transact.*, *Castrensis cons. 174. contra superius consulta in fin. lib. 1.*, *Zabarel. cons. 74. col. fin. vers. ad tertiam*, *Tuscus conclus. 355.* Ratio facilè ex eo deduci potest, quia transactio ex genere suo tendit ad terminandas lites, & controuersias componendas, ergo semper præsumendum est, quod transigentes omni meliori modo intenderint easdem conciliare, adeoque etiam præsumendum, quod, si sub ratione transactionis conuentio ex aliquo obstante naturæ eiusdem non valeat, valere velint sub alia quacunque ratione, sub qua possit subsistere. Accedit, quod in transactione ex natura sua semper interuenit pactum, ergo, si sub ratione eiusdem transactionis non valet, valere poterit sub ratione eiusdem pacti, ad quod non tot requiruntur, quot ad naturam eiusdem transactionis formalitèr sumptæ.

Regulariter sustinetur sub alio titulo.

In transactione interuenit pactū

3 Accedit vlteriùs, quod, si super controuersia lata fuerit sententia, quæ, vel, quia est contrà leges, vel canones, vel, quia lata est non seruatis iuris solemnitatibus, vel per Iudicem incompetentem est

est nulla, atque hæc per partes approbetur, & acceptetur, quantumuis non teneat in ratione sententiæ propter nullitatem eiusdem, teneat tamen in vim pacti per ea, quæ probat *Zaharella d. cons. 74. col. fin. vers. ad tertium*, ergo etiam, si super controuersia inita sit transactio, quæ secundum se habet vim sententiæ, quæ ex aliquo iure fit nulla, si tamen fuerit probata per transigentes, si non valebit in ratione eiusdem transactionis, valebit tamen in ratione simplicis pacti, quod continetur in eadem approbatione. Consequentia tenet, quia in plerisque transactio, & res iudicata æquiparantur; Neque obesse potest, si asseratur, quod ratificari non potest, quod ex natura sua est omninò inualidum; non, inquam, obesse potest, quia non vim tribuit in ratione sententiæ, vel transactionis, quæ sit nulla, sed in ratione pacti, quod indè consurgit.

Paritate euincitur.

Transactio, & res iudicata æquiparantur.

Vlterius comprobari potest ex eo, quod transactio, & compromissum in pluribus pari passu ambulant, cum compromissum ipsum sit quædam species transactionis, vndè ab vno ad alterum valet argumentum, sed in sententia compromissarij, quæ laudum appellatur, optimè dicitur, quod accedente compromittentium approbatione, si non valet laudum, vt laudum, valeat tamen in vim pacti *Afflictus decis. 117., Promissiò facta num. 4. vsque ad fin., Romanus cons. 173. in fin., & cons. 175. num. 4.*, ergo etiam in transactione per vtrosque transigentes approbata &c.

Alia paritate cõualidatur.

4 Hic solum remanet difficultas in explicando, quomodo hæc, quæ hic dicuntur, cohæreant cum ijs, quæ dicta fuerunt *tom. 1. sub tit. Contractus III. de mutuo, & vsuris Disq. 6. §. 6., & 7. num. 2.*, vbi dictum fuit, quod, quando contractus nullus bona fide initus est, nullum effectum pariat etiam in ratione alterius contractus, qui per contrahentes initus fuisset, si per eosdem cognita fuisset nullitas prioris, quod etiam latè ibi comprobauimus exemplo matrimonij solemnitèr celebrati cum errore personæ concomitante, vt, si quis putet contrahere cum Calidonia, & contrahat cum Berta, cum quo tamen contraxisset, si sciuisset ipsam esse, ibique conclusum est, illud matrimonium inualidum esse, nec subsistere in ratione alterius contractus, quem iniuisset, si sciuisset *Henriquez lib. 11. c. 10. §. 4. lit. S. in textu, & Glos., Sanchez lib. 7. de matrim. disp. 18. num. 6., Sotus in 4. dist. 35. art. 2. vers. quid autem, si ingressus, Rebellus de oblig. iust. part. 2. lib. 3. qu. 2. num. 2.* Sed hæc facilè conciliari possunt, si asseratur, hæc, quæ hic dicuntur, procedere spectato speciali fine transactionis, qui tendit ad componendas vltimato lites, & conciliandas controuersias, qui proptereà inuoluit implicitè ex genere suo intentionem se obligandi quocunque modo licito, & cum propriè in eodem contractu inuoluatur pactum, quod non est conditionatum, quod scilicet poneretur, si cognosceretur transactio inualida, sed absolutum, & actuale non est, cur actu non obliget in ratione illius; ex quo patet etiam discrimen inter ea, quæ hic dicuntur, & ea, quæ dicta fuerunt ibi; nam ibi dictum fuit, quod extante contractu inualidò non obligantur contrahentes ex vi alterius contractus, qui initus fuisset, si primus inualidus fuisset cognitus, quia de facto hunc secundum contractum validum non celebrarunt; hic autem dicitur, quod obligentur in vim pacti, quantumuis non teneat ex aliqua causa transactio, quia de facto pactum illud positum est, & approbatum ab eisdem contrahentibus, vt per se patet.

Dissoluitur argumentum ex nostris principijs desumptum.

Procedit ex speciali fine transactionis.

---

§. XIV.

An transactio super hæreditate viuentis subsistat.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.
Illa transactio super hæreditate viuentis non subsistit. 2.
Proponitur argumentum contrarium, & dissoluitur. 3.

Disquisitio XIV. Pactum inierat Caius cum Titio filio Sempronij super hæreditate eiusdem Sempronij, qui adhuc viuebat, qui tunc temporis, scilicet Caius in tale pactum consensit propter quamdam controuersiam, quam idem Caius excitauerat in ordine ad sedandas lites, & controuersias componendas. Defuncto postea Sempronio, atque ex eius vltima voluntate deuoluta ipsius hæreditate eidem Titio contendebat posteà idem Caius partem hæreditatis, de qua, per pactum, quod inuoluebat naturam transactionis, sibi deberi. Hic orta fuit controuersia, an ratione talis pacti, seu transactionis initæ viuente Patre eiusdem Titij super ipsius hæreditate possit iustè agere aduersus eandem hæreditatem ad consequendam partem sibi promissam, an verò elidi possit ipsius actio, ex eo, quod Titius pro eo tempore transigere non potuerit. 1

Exponitur casus in suis terminis.

Respondeo, non posse, illam tertiam personam, quæ per tale pactum transegit cum herede super hereditate viuen- 2

te

te adhuc testatore agere eodem defuncto contra hæredem ad consequendum conuentum *Decius decis. 351. per totum, Tuschus in verbo transactio tit. de quibus possit transigi; & de quibus non*. Ratio ex eo deduci potest, quod illud pactum, ratione cuius facta fuit illa transactio ipso iure irritum est, & nullius penitus roboris, quandoquidem, sicuti non subsistit venditio hæreditatis facta ab hærede, viuente adhuc eo, cui succedendum erit, eo quia adhuc delata non est, vt habetur *in l. 1. ff. de hæredit., vel act. vend.*, ita non videtur posse subsistere transactio facta super eadem hæreditate, vel in toto, vel in parte viuente adhuc eo, cuius sunt bona illa hæreditaria. Consequentia tenet, quia prohibita rei alienatione pro aliquo statu intelliguntur pro eodem statu prohibitæ omnes actiones, quæ conducere possunt ad alienationem talis rei, sed talis transactio quoad bona futuræ hæreditatis conducere valet ad alienationem illorum, siue in toto, siue in parte conuenta, ergo &c. Accedit, quod in tantum ius *in d. l. 1. ff. de hæred., & act. vend.* alijsque concordantibus iuribus irritat venditionem hæreditatis viuente adhuc eo, cuius sunt talia bona hæreditatis, quæ speratur, in quantum per illam venditionem tribuitur proxima occasio captandæ mortis testatoris, sed hæc eadem ratio militat, quando per hæredem, seu sperantem ex rationabile causa hæreditatem sit viuente adhuc eo, cuius sunt bona, transactio super eadem bona, siue in toto, siue in parte, quandoquidem ille, in cuius fauorem facta fuit transactio æque captare potest mortem testatoris, vt tandem ad se bona illa deueniant, ac ille, qui bona eiusdem hæreditatis pretio acquisiuit, ergo &c.

[Margin: Non tenet illa transactio, nec ius aliquod cōfert.]

[Margin: Illud pactum trāsactionis ipso iure irritum est.]

[Margin: Tribuitur proxima occasio captandæ mortis testatoris.]

Neque obesse potest, si dicatur, quod, quantumuis pro illo statu, pro quo adhuc
3 viuit testator, non subsistat illud pactum transactionis, subsistat tamen pro illo tempore, pro quo vere mortuo testatore eidem hæredi defertur hæreditas; semper enim præsumitur, quod in illa transactione transigentes respexerint ad illud tempus; Non, inquam, obesse potest, quia validitas contractus, vel inualiditas desumitur ab idoneitate, vel inedoneitate contrahentis pro illo tempore, pro quo contrahit, qui, si, vel defectu materiæ, vel ex proprio defectu ineptus est, non potest validitatem in contractum refundere pro tempore subsequenti, pro quo fiet aptus. Cæterum, si vim aliquam haberet instantia pleraque iura irrita redderentur, & inania; sic in primis irritum foret ius *in l. 1., & 2. ff., & C. ad Macedonianum*, quo irritantur mutua facta minoribus existentibus sub potestate Patris ob simile periculum captandæ mortis parentis, quandoquidem dicere posset mutuans, quod respexit ad tempus, quo filius mutuatarius erit sui iuris, & liber a potestate Patris, quod tamen nullus dicet; sic secundo inane esset Statutum Mediolanense, quo irritantur contractus minorum, etiam existentium sub patria potestate, cum alter contrahens posset asserere, quod respexit ad tempus, quo minores fiant maiores, & erunt exempti ab eiusdem Patris, vel tutoris potestate.

[Margin: Quod ab initio irritum est non conualescit tractu tēporis.]

[Margin: Paritatibus aliquibus euincitur]

---

§. XV.

An transactio super certo quoad substantiam, sed incerto quoad quantitatem teneat.

SVMMARIVM.

Exponitur status controuersiæ. 1.
Ratio dubitandi circa casum expositum. 2.
Talis transactio absolute valida est, & subsistit. 3.
Non est necessaria incertitudo quoad substantiam, sed sufficit quoad quantitatem, & qualitatem. 4.
Se confecerit inuentarium, & detractis illis bonis, quæ per transactionem in alterum transtulit, non supersint tot bona, quot sufficiant ad omnia legata, non tenetur vltra vires hæreditatis. 5.

Disquisitio XV. Creditor erat Sem- 1
pronius de quadam quantitate ex certo quodam titulo aduersus Theodoricum, nec dubietas aliqua vigebat de credito; sed dumtaxat de quantitate crediti, quam coniectans ex titulo Sempronius asserebat esse de mille libris imperialibus, Theodoricus vero restringebat ad quatuor centum; Hoc in opinionum discrimine super quantitate adinuicem transegerunt ea facta conuentione, vt Theodoricus solueret sex centum, & Sempronius de tota præterita summa quietaret, & in reliquis omne ius suum cederet. Hic exorta fuit controuersia, an illa transactio sic concepta teneat.

[Margin: Factum exponitur in casu particulari.]

Ratio dubitandi oritur ex ijs, quæ dic- 2
ta sunt sub hoc titulo, quod scilicet transactio nequeat subsistere, nisi sit de iure dubio, & lite incerta; hic autem res dubia non videtur, cum manifeste appareat de credito quoad substantiam, nec debitor neget; Quod autem sit aliqua incertitudo super quantitate non videtur officere, cum magis attendi debeat rei substantia, quam quantitas. Nihilominus

[Margin: Ratio dubitādi.]

Ref-

3 Non reprobatur. Respondeo, talem transactionem absolutè validam esse, & subsistere Paulus de Castro cons. 24. Incipiente visis in compromisso, Glosa, & DD. in l. 1. ff. de transact., Bertbaçinus in quinta part. in verb. transactio num. 52. Ratio autem ea esse potest, quia in hac hypothesi optimè saluatur, quod transactio sit de re incerta; non enim iura per ly, incerta, intelligunt simplicitèr incertitudinem quoad substan- 4 Verificatur incertitudo. tiam, sed quamcumque incertitudinem siue sit de substantia, siue de quantitate, siue de qualitate, & æque lis excitari potest super quantitatem, ac super substantiam, ergo non est, cur super illam non possit subsistere, cum secundum se sit incerta; Ex quibus patet, quid respondeas ad rationem dubitandi. Neq; dicas iuxta superius dicta, quod, si fiat transactio super testamento non cognitis ijs, quæ in eodem continentur, nullo modo teneat transactio, & tamen constat ex eodem testamento certum ius habere quoad substantiam per textum in l. de his, & ibi DD. ff. de transact., Bartolus in l. 1. in fin. princip. alias est in §. ratio, ff. quemadmodum test. aper., ergo etiam, si fiat transactio, Instantia proposita, & soluta. dum constat de certitudine crediti, licet non de certitudine quantitatis, nō tenebir; contrà enim impugnaberis, quia dispar omninò est ratio, quia prohibetur transactio super testamento, quando non sunt cognita ea, quæ in eodem continentur, quia potest fieri dolus, & deceptio transigentis, quandoquidem potest de ijs constare, quæ in eodem continentur; non prohibetur autem transactio super credito certo quoad substantiam, sed incerto quoad quantitatem, quia de tali certitudine quantitatis non potest constare, vndè rectè potest fieri compositio.

---

§. XVI.

An facta transactione inter hæredem scriptum, & succedere contendentem ab intestato, præiudicium inferatur legatarijs.

SVMMARIVM.

Status controuersiæ in suis terminis, & rationes hæredum contrà legatarios. 1.

Illa transactio inter hæredem scriptum, & ab intestato non officit legatarijs. 2.

Hæres ex testamento, si sibi non cauerit in illa transactione cum agnato proximiori defuncti illum obligando ad soluenda pro rata legata tenetur ipse in totum pro eisdem. 3.

Disquisitio XVI. Instituerat Demetrius suum hæredem vniuersalem per testamentum Octauium cum adiectione plurium legatorum in fauorem pauperum, amicorum, & Ecclesiæ. Excitauit controuersiam super eadem hæreditate agnatus proximior eiusdem Demetrij contendens eam sibi ab intestato competere, & testamentum ex multis causis irritum esse. Re hinc indè discussa deuenerunt tandem partes ad transactionem, per quam hæreditas inter vtrumque diuisa est. Contendebant postea ijdem Demetrius, & Agnatus proximior legata per illam transactionem esse dissoluta, nec ampliùs vim aliquam habere, dum hæres ex testamento asserebat, se causam non habere à testatore, sed ab Agnato eiusdem proximiore, cum quo transegit; transactio etenim nouat priorem titulum, & nouum constituit per superius allegata; proximior verò Agnatus excipiebat in ordine ad se nullam vim habere testamentum, cum ipsum potiùs impugnarit. Hic remanet in primis dubitandum, an per illam transactionem extinctum fuerit ius legatariorum. Deindè ex suppositione, quod adhuc vigeat, an illa legata sint soluenda per Octauium, qui fuerat hæres ex testamento, an verò per Agnatum proximiorem, qui ex transactione successit in parte. 1 Rationes hæredum contra legatarios.

Respondeo primò, per illam transactionem nullum potuit præiudicium inferri legatarijs Glosa in l. Imperatores, ff. de transact. Expressè colligitur ex eodem textu in l. Imperatores, vbi sic legitur. Quare transactione, quæ inter hæredem, & Patrem defuncti facta est, neque testamentum recissum videri potest, neque manumissis, vel legataris actiones suæ ademptæ sunt. Quod, si dicatur, quomodo recissum non est testamentum, si transactio nouat titulum præcedentem, & transigens ius acquirit ex nouo titulo ab eodem contractu transactionis? responsionem accipies ex ijs, quæ dicta sunt in præcedentibus, transactionem non nouare præcedentem titulum, nisi quatenus secundus titulus, qui prouenit ex transactione, est incompatibilis cum priori, quod prouenit ex testamento, secus priorem potius firmet, quam minuat, atque iuxta hunc sensum verificatur, quod transactio acta inter alios non noceat tertio Bartolus in dict. l. Imperatores, ff. de transact. DD. in c. quamuis de re iudicat. Neque potest dici simpliciter, quod Octauius habeat causam in illa hæreditate ab illo Agnato proximiori, non autem a Demetrio testatore, non, inquam, dici potest, quia non solum originalitèr habet causam a Demetrio, qui illum 2 Nō officit legatarijs. Non perimit priorem titulum. Acta inter alios nō nocent tertio.

illum instituit, & si non instituisset, nec habere potuisset vim ex illa transactione, sed etiam formalitèr, & effectualitèr, quatenus hæreditatem consecutus est vigore voluntatis illius expressæ in testamento, quæ non annullatur per transactionem illo modo conceptam, sed potius concurrente etiam consensu transigentis supposita certa cessione in illis bonis firmatur; per transactionem etenim in hoc casu solum remouentur obstacula, quæ illam hæreditatem, seu illius executionem possent impugnare.

Habet causam à testatore.

Respondeo secundò. Quod, si Octauius hæres ex testamento sibi non cauerit in illa transactione facta cum Agnato proximiori ipsum obligando ratione bonorum, quæ illi cessit ex hæreditate ad soluendum pro rata legatarijs, teneatur ipse in totum ratione bonorum apud se remanentium legata omnia adimplere. Hoc expresse habetur in textu *d. l. Imperatores, ff. de transact.*, vbi sic legitur. *Quare quidquid ex testamento petunt*, loquitur de legatarijs, *scriptum hæredem conuenire debent, qui in transactione hæreditatis, aut cauit sibi pro oneribus hæreditarijs, aut, si non cauit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre*; nec incongrua sanè ratione hoc decernitur, quandoquidem ille semper reputatur, vt hæres, ille verò, cum quo transegit, reputatur simplicitèr, vt cessionarius; legata autem sunt soluenda per hæredem, non per cessionarium.

3 Tenetur in totum si sibi nō cauerit.

Semper reputatur, vt hæres.

Hic immediatè oritur difficultas, an, si Octauius quoad illam hæreditatem, & bona illius inuentarium confecerit, & postea conuentus ab Agnato proximiori bona aliqua ex illis hæreditatis per transactionem eidem cesserit, an, inquam, si ex illa cessione vires hæreditatis fuerint diminutæ, adeout computatis legatis, & illis bonis, quibus cessit, non remanerent tot bona, quot sufficerent ad falcidiam, vel, quæ non sufficerent ad omnia legata adimplenda, posset de legatis detrahere, sicuti posset, si independentèr à transactione non essent tot bona, quot pro omnibus legatarijs sufficerent. *Vi*detur prima fronte, quod non posit detrahere, quandoquidem, quod cesserit illis bonis per transactionem, non prouenit ex defectu testatoris, sicuti prouenit ab eodem, si bona per se relicta essent affecta pluribus debitis per se ipsum contractis, sed prouenit ex voluntate hæredis transigentis, qui in illa transactione sibi præcauere debebat obligando alterum saltem ad ratam, vt notatur *in textu d. l. Imperatores, ff. de transact.* Nihilominus sentiendum existimo, quod in ea hypothesi hæres, qui transegit, posit detrahere, adeout ad legata non teneatur vltra vires hæreditatis, quandoquidem illa cessio non fuit ex propriæ voluntatis arbitrio, sed vrgente iure alterius, & sic transigendo potius consuluit hæreditati, & legatarijs, quam præiudicium attulerit; quamobrem in eo casu illud, quod fuit in transactione solutum, computandum est inter debita hęreditatis, & sicuti pluribus extantibus debitis legata non sunt soluenda, nisi iuxta vires hęreditatis detractis debitis, ita extante illa cessione vigore transactionis legata ipsa nō erunt soluenda vltra vires dictæ hæreditatis, sed intra illas detracta etiã illa cessione, quæ computatur inter debita hęreditatis.

Confecto inuẽtario nō tenetur vltrà vires hæreditatis.

---

§. XVII.

An, si vel per transactionem, vel per sententiam tota hæreditas deuoluatur ad hæredem non scriptum hic teneatur ad legata.

SVMMARIVM.

Refertur status controuersiæ. 1.

Si deuoluatur per sententiam hęreditas agnato proximiori, hic de rigore iuris non tenetur ad legata. 2.

Si hæreditas eidem deuoluatur per transactionem, & hæres scriptus de legatis cauerit legata sunt per eum soluenda, si non cauerit, solum ex æquitate canonica. 3.

DIsquisitio XVII. Institutus fuerat hæres Demetrij Octauius iuxta formam præscriptam in præcedenti disquisitione, sed conuentus in iudicio ab Agnato proximiori, vel per sententiam Iudicis fuit damnatus ad hæreditatem eidem agnato relinquendam, vel forte etiam per transactionem res fuit composita inter ipsos collitigantes, vt tota hæreditas deuolueretur eidem agnato proximiori, & idem certam pecuniæ quantitatem, modicam tamen refunderet Octauio. Hic orta fuit controuersia, an in hac hypothesi legata, quæ per Demetrium fuerunt in testamento scripta, decidant, an verò sint soluenda per agnatum proximiorem, qui consecutus est illam hæreditatem contra hæredem scriptum.

1 Exponitur status controuersiæ.

Respondeo primò. Si hæreditas per sententiam fuerit adiudicata agnato proximiori cum exclusione hæredis scripti in rigore iuris intelliguntur legata adempta, nec agnatus tenetur illa adimplere, quamuis ex æquitate ex præsumpta testatoris

2 Deuoluta per sẽtẽtiã hæreditate hęredi non scripto hic in rigore iuris non tenetur ad legata.

statoris voluntate teneatur. Ratio ex eo deducitur, quia sententia adiudicans hæreditatem Agnato proximiori implicitè saltem, & formalitèr declarat testamentum nullum, & hæredem illum scriptum illegitimum, perindè, ac, si non fuerit institutus, sed nullo existente Testamento secundum rigorem iuris, & legata in eodem comprehensa intelliguntur nulla, & successor legatario agenti semper respondere potest, se non habere causam à voluntate testantis, seu legantis, ergo &c. Hæc responsio iuxtà varias causas, ob quas Testamentum potest dici nullum multas patitur exceptiones, restrictiones, & distinctiones, sed quia de ijs erit alibi sermo vberior, ideò in præsenti non im moror. Dixi, *quamuis ex æquitate ex præsumpta testatoris voluntate teneatur*, quandoquidem licet ipse succedat ab intestato, vel ex sententia Iudicis, succedit tamen in bonis Demetrij, qui, ex quo obligauit hæredem scriptum ad eadem legata persoluenda, intelligitur voluisse obligare omnes, ad quos sua bona deuenerint ad ipsa adimplenda quodamodo tali obligatione afficiendo res ipsas proprias, quas dereliquit.

Tenetur tamen ex æquitate.

Respondeo secundò. Si hæreditas per transactionem deuenerit ad agnatum proximiorem, qui contendebat succedere ab intestato, per eundem legata omnia sunt soluenda, si hæres scriptus quoad hoc cauerit in transactione, si verò non cauerit, probabilius est, etiam ex æquitate saltem canonica teneri. Ratio primæ partis ex eo deducitur, quod habetur *in dict. l. Imperatores, ff de transact.* Ibi - *Qui in transactione hæreditatis, aut sibi cauit pro oneribus hæreditarijs*, nec tunc potest esse dubium, cum hæres scriptus tale onus in ipsum transtulerit. Ratio secundæ partis etiam ex eo facilè deduci potest, quod tunc agnatus proximior, non solum ius consequitur in hæreditate ratione proximitatis, sed etiam ex persona hæredis scripti transigentis, qui, ex quo transigit super iure sibi per hæreditatem delato, videtur transigere seruatis illis omnibus qualitatibus, & conditionibus, quæ fuerunt per testatorem appositæ in testamento, & ipse agnatus proximior acquiescens acquisitioni illi per transactionem in hæreditate videtur acquiescere omnibus oneribus, quæ erant apud transigentem ante transactionem. Hæc attigisse sufficiat de transactione, per quam lites abolentur, & non solum controuersiæ in rebus, sed etiam dissidia in affectibus conciliantur. Vtinam animos nostros conciliemus, vt tandem nosmet ipsos ad illum finem dirigamus, in quo pax summa est, & vnanimis voluntatum concordia, & concors vnanimitas.

3 Si hæres scriptus cauerit tenetur nō scriptus ad omnia.

Si non cauerit ille, ipse tenetur tantū ex æquitate canonica.

F I N I S.

Huius quarti Voluminis ad laudem Omnipotentis DEI, Deiparæque Virginis, & Doctoris gentium.





INDEX RERVM

C. significat Contractum, P. Prænotionem, D. Disquisitionem, §. Paragraphum, S. Sectionem, N. Numerum marginalem, P. Paginam.

A

B

C

Con-

Con.

vim

quod

Excep-

Fi-

I

L

re

Lo-

M

P

Pa-

Pri-

Q

R

Re-

S

So-

Tran-

V

FINIS.

